

TENDENCIAS ACTUALES

DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Mar Jimeno Bulnes

Luis Miguel Reyna Alfaro

Gustavo A. Arocena

Mario A. Houed Vega

Ana Paola Hall García

Sergio J. Cuarezma Terán



INEJ
Fundado en 1995



21 AÑOS
1995-2016
INEJ

A la memoria de
Gabriel Elías Fernández Madrid

Equipo editorial

Autores	:	Mar Jimeno Bulnes Luis Miguel Reyna Alfaro Gustavo A. Arocena Mario A. Houed Vega Ana Paola Hall García Sergio J. Cuarezma Terán
Coordinación editorial	:	Alicia Casco Guido
Diseño de interiores	:	Alicia Casco Guido
Diseño de portada	:	Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-29-1

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Autores varios, 2016

© INEJ, 2016

El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, fundado en 1995, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados en los niveles de diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado en las diferentes áreas de las ciencias jurídicas y disciplinas afines, con base en los principios de la justicia, la libertad, el respeto a la dignidad de las personas, los Derechos humanos y los principios que constituyen el Estado de Derecho constitucional. El INEJ fue creado por la Ley No 604/2006, Ley Creadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), aprobada el día 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 229, del día 24 de noviembre del 2006. Sitio web: www.inej.edu.ni E-mail: info@inej.net

Impreso por
Servicios Gráficos
Managua, Nicaragua

ÍNDICE GENERAL

.....

El proceso penal en los sistemas del *common law*
y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo
en pleno siglo XXI, *Mar Jimeno Bulnes* 9

Los mecanismos alternativos para la solución de conflictos
en la legislación procesal penal costarricense. Origen y
aplicación, *Mario A. Houed Vega*..... 129

La prueba indiciaria en el Perú. Notas sobre su aplicación
penal y administrativo sancionadora,
Luis Miguel Reyna Alfaro..... 223

Posibles aportes de las neurociencias
a la configuración del tratamiento penitenciario,
Gustavo A. Arocena 249

Aspectos sustantivos de la justicia penal juvenil,
Ana Paola Hall García..... 273

El Estado de Derecho y la Justicia (independiente)
como presupuesto para los Derechos humanos
y el desarrollo económico, *Sergio J. Cuarezma Terán* 305

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

.....

Mar Jimeno Bulnes*
Catedrática de Derecho Procesal,
Universidad de Burgos (España)

*Si fuera inocente preferiría ser juzgado con un tribunal civil pero si
fuera culpable preferiría un tribunal del Common Law¹*

* 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.

1 MERRYMAN, J.H. y PÉREZ PERDOMO, R., *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of western Europe and Latin America*, 3ª

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.

1. Introducción

Históricamente y desde una perspectiva global puede decirse que coexisten dos sistemas o “tradiciones” legales,² al menos en el marco europeo y norteamericano donde esta investiga-

ed., Standford University Press, Standford, Cal., 2007, p.127 (traducción libre).

- 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 N. 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, N. 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 literature más reciente, ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

ción 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.³ 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 lugar éste 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 peyorativo⁴ tanto para los juristas como los no juristas dada su preferencia por el proceso “acusatorio”, un término usado en Europa continental y en cualquier otro lugar, para referirse al

- 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 KRAT-COSKI, P.C. y WALKER, D. *Criminal justice in America: process and issues*, 2ª ed., Random House, N. 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 oscurantismo, 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, entendiendo que “el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso” (p.586).

proceso penal de carácter oral anclado en el sistema del *Common Law* desarrollado en Inglaterra.⁵

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.⁶ 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,⁷ hasta el punto de llegar a la alienación de

- 5 Vid. GLENN. Op. 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, N. York, 2002, pp.665–674. El presente trabajo se circunscribe a la comparación entre el proceso penal estadounidense y europeo; en relación, por ejemplo, con Latinoamérica, entre otros MERRYMAN & PÉREZ PERDOMO. Op. 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 “le-

los distintos modelos de justicia penal; así, de forma concreta, las características adversariales del modelo acusatorio⁸ 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*.⁹ Item más, podría afirmarse que los procesos penales hoy día vigentes en cada país están ahora convergiendo,¹⁰ debido

galismo 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.

- 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

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;¹¹ esta es así otra razón para deterrar la clásica distinción entre sendos modelos acusatorio e inquisitivo. Además ha de tenerse en cuenta que en el ámbito de geográfico de la Europa continental no existe un único proceso penal,¹² argumento éste también decisivo a la hora de ol-

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. Op. 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. 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 esta 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 MAR-

vidar 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,¹³ 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 and family models*); así también los modelos propuestos por Griffiths¹⁴ en revisión

TY, 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 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).
- 14 GRIFFITHS, J. “Ideology in criminal procedure or a third ‘model’ of the criminal process”, en: *Yale Law Journal* 1970, vol.79, pp. 359–

precisamente de los anteriores y quien reconoce que, tanto los modelos de Parcker como los suyos propios operan más bien como “perspectivas” o “interpretaciones” y no como estrictos modelos del proceso penal.¹⁵ 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.¹⁶ 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 respectivamente¹⁷ en la medida en que ambos responden a un diferente

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 solo un modelo que es el Modelo de Disputa (vid. p. 367).

- 15 GRIFFITHS. Op. 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: *Standford 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,

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

Durante muchos años y especialmente en la década de los sesenta,¹⁹ 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 fué 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 esta-

“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.

- 18 DAMASKA. “Structures ..”. Op. 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 (*decisionmaking*) 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.

dounidense.²⁰ 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 ambos sistemas desde la perspectiva práctica eran mucho menores que desde la perspectiva teórica.²¹ Así también, por último, algunos estudios hicieron sugerencia de modelos alternativos de proceso penal propios para la justicia norteamericana con escasa referencia a aquellos vigen-

- 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. Asimismo 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 como la presencia de elementos inquisitivos en el sistema adversarial americano encuentra su causa en la influencia proveniente de Europa continental por aquel tiempo.
- 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 estos 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.

tes a la fecha en Europa.²² 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 período de observación²³.

- 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, N. 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 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

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.²⁴ 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 acusa-

<http://www.innocenceproject.org> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013).

- 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, Nº 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.

ción y enjuiciamiento en Europa²⁵ o viceversa. Un caso todavía reciente ha tenido lugar a raíz del juicio de Amanda Knox desarrollado en 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,²⁶ incluso aún cuando a la postre tuvo lugar

- 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.
- 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, N. 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 es-

la absolución de la acusada en segunda instancia.²⁷ Ya sólo

cuchas 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. Op. 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 concepto of legal culture to understand resistance to legal modifications and its consequences”, en: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2012, N° 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 diciembre 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/ (última

por este motivo la presente investigación resulta apropiada.

Mi propósito es aquí añadir 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.²⁸ 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 de cual es el “bueno” y cual 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.

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, N. York, 2013.

- 28 De la misma opinión BACHMAIER WINTER, L. “Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”, en: Bachmaier Winter. Op. Cit., pp. 11–48.

De ahí que, conforme la estructura del presente trabajo, se aborde 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 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 aún 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,²⁹ el cual es por el contrario defendido desde la corrien-

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. Op. Cit., esp. p. 10, encargándose de este capítulo el autor británico.

te 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*.³⁰ 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.³¹

- 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’au nos jours*, Larose et Forcel, Paris, 1882; a la fecha existe una edición reciente preparada por Y. Mayaud y publicada en Pantheon–Asas, Paris, 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 HOGSDON, J.S. “The future of adversarial criminal 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, N° 1, pp. 119–140, esp. p. 137, concluyendo que tiene una naturaleza híbrida en la medida en

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 probatorio³² 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.³³

1.1 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

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. Op. 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 de 4º 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 hirviente o fría o de la plancha al rojo vivo, sin embargo el ahorro previamente promulgada 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).

calificado como proceso acusatorio.³⁴ El nuevo proceso sustituyó así a los primeros juicios por combate (duelos) y ordalías, que fueron prohibidos definitivamente por decreto de Enrique III en 1219.³⁵ 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*).³⁶ La actividad de

- 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. Op. Cit., p. 18. Sin embargo, parece que también tuvo lugar la introducción gradual de elementos inquisitivos en el proceso penal romano durante el período 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. Op. Cit., pp. 49–72, esp. pp. 51 y ss.
- 35 Vid. PLOSCOWE. Op. 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. Op. 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.*e (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. Asimismo, 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.

la corte real dió paso a la promulgación de importantes tratados tales como los denominados *Glenvill y Bracton*,³⁷ ocupados en la descripción de las leyes y costumbres inglesas bajo la rúbrica *De legibus et consuetudinibus Angliae* en ambos casos. El primer tratado, *Glenvill*, 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 “padre de *Common Law*”.³⁸ 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*)³⁹ 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

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. Op. 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 Bracton, que fue juez *coram rege* entre los años 1240 y los 1250; sobre la descripción de sendos tratados véase BAKER. Op. Cit., esp. p.161.
- 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. Op. Cit., p. 13. Para un análisis de los diferentes tipos de resoluciones judiciales de nuevo consúltese BAKER así como CAENEGEM. Op. Cit., p. 29.

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).⁴⁰ En concreto, fué 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 comunmente conocida, así, como se ha indicado, Gran Jurado o Jurado de Acusación.⁴¹ Ya en aquel tiempo tal cuer-

- 40 Vid. BAKER. Op. Cit., pp. 23 y 415 así como PLUCKNETT. Op. 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. Op. 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 & N. York, 1931 y STEPHEN, J.F. *A general view of the Criminal Law of England*, 2ª ed., Macmillan, London & N. York, 1890.
- 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 fué en todo caso siempre preservado para el *petty*

po 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 veredicto) 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)⁴² 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. Recuérdesse que este Gran Jurado o Jurado de Acusación todavía es percibido como un método probatorio y no un “juicio”⁴³ *per se* o un modo de

jury. En esta línea BAKER. Op. Cit., p. 64 así como HOWARD. Op. 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, N. 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 capacita-

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.

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.⁴⁴ 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 esencial-

do” (traducción libre); en concreto BAKER, op.cit., p.63.

- 44 De este modo HOWARD. Op. 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 criminal trial resembles a private litigation, así la manera en que el trial resembles a private litigation se asemeja a un pleito privado” (traducción libre).

mente adversarial del proceso penal acusatorio.⁴⁵ 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)⁴⁶, es considerada normalmente como la quintaesencia 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),⁴⁷ la cual se extendió por toda Eu-

- 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 & N. 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. Op. Cit., p. 455 así como FORSYTH. Op. 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 propietarios”; 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).

ropa⁴⁸ y América.⁴⁹ Por su parte, el reconocimiento de la antigua institución del Gran Jurado o Jurado de Acusación como cuerpo acusatorio continuó vigente hasta 1933 en Inglaterra⁵⁰

- 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, Berlin, 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 aquella 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>

permaneciendo aún en vigor en Estados Unidos con mención específica en la Quinta Enmienda.⁵¹

1.2 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

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; 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 esta 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.

el sur de Francia)⁵² 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*⁵³ ni tampoco constituyó el pri-

- 52 Vid. ESMEIN. Op. 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 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. Op. 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 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

mer 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.⁵⁴ 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.⁵⁵

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.⁵⁶ Con el nuevo proce-

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 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. Op. 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. Op. Cit., esp. pp.60 y ss, con abundantes referencias a la literatura española clásica.

55 Así, por ejemplo y entre otros, ILLUMINATI. Op. 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.

so, el magistrado o juez estaba ya autorizado emprender una investigación objetiva del crimen sin la necesidad de atender a una acusación formal por parte de un acusador.⁵⁷ 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,⁵⁸ 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*).⁵⁹ La condena e incluso la acusación se convirtieron en

Prosecuting crime in the Renaissance ..., cit., esp. p. 129.

57 Así PLOSCOWE. Op. Cit., p. 447.

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

59 Entre otros, DELMAS–MARTY y SPENCER. Op. 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. Op. Cit., p. 65.

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.⁶⁰ En realidad, la cuestión de la prueba legal es también un rasgo definitorio asociado a la propia esencia del proceso inquisitivo.

El proceso inquisitivo continuó así su gradual desarrollo a partir de la promulgación de varias ordenanzas (códigos) que tuvo lugar en el continente entre los años 1400 y 1500,⁶¹ 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 sabido como *Roi de Soleil* y uno de los mayores exponentes del absolutismo;⁶² incluso la “ordenanza penal” llegó a denominarse en aquel tiempo *Code Louis*. Este código

60 Vid. ESMEIN. Op. Cit., esp. p. 251.

61 Más ampliamente ESMEIN. Op. 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. Op. 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, op.cit., pp.183 y ss, quien recuerda como los redactores de la Ordenanza de 1670 ya habían desarrollado el mismo trabajo con la anterior Ordenanza de 1667.

rigió la práctica legal francesa a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII y solo 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.⁶³ 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 compelmía 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;⁶⁴ por último, existía previsión de posterior reme-

- 63 El texto completo esta disponible en sitio internet http://le-droitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013). Véanse también los comentarios respecto de la misma por PLOSCOWE. Op. 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 jugemens 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 considérable contre l’accusé d’un crime qui 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 suit 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:

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

1.3 MIXTO Y/O ACUSATORIO FORMAL⁶⁵

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 semi-acusatorio y semi-inquisitivo con diferente graduación, motivo por lo que todos ellos en una u otra medida habrían de adscribirse a dicha tercera categoría.⁶⁶ 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 Crimine-*

“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 terminos; 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. Op. Cit., esp. p. 25, así como PEDRAZ PENALVA. Op. 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, N° 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.

lle) en 1808,⁶⁷ el 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 inquisitivo⁶⁸ 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,⁶⁹ 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.⁷⁰

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

- 67 El texto completo junto con una introducción efectuada por R. Garraud esta disponible en sitio internet http://le-droitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808.htm (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013).
- 68 Así DELMAS-MARTY y SPENCER. Op. 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 (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013).
- 70 En esta línea PLOSCOWE. Op. 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).

(*potestas*).⁷¹ 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 no podía ser confiada el desarrollo de tal tarea a la policía;⁷² por supuesto, tampoco tenía sentido dejar dicha función en manos del acusador pues especial interés 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

- 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, N° 4, pp. 905–943, así como en 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.
- 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).

como figura opuesta a la policía y al acusador era “asegurar que se hiciera justicia”.⁷³

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):⁷⁴ el objetivo es preparar

- 73 ANTON. Op. 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 por qué el proceso penal (inglés) continuó siendo acusatorio, basado en la acusación privada; en este sentido PLOSCOWE. Op. 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. Op. Cit., esp. pp. 320 y 333. Así también, entre la literatura en idioma español, VOLLER, R. “El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental”, en: Bachmaier Winter. Op. Cit., pp. 176–194, esp. p. 190.
- 74 Aunque no existe previsión expresa en el Código de 1808 estableciendo dicho secreto sumarial, esta regla fué establecida por la *Cour of Cassation* en 1827; así ANTON, op.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, N° III–IV, pp. 645–717, esp. pp. 676 y ss. Más recientemente, en materia de publicidad y secreto para el proceso penal en general (aún desde la perspectiva de la legislación procesal alemana), MARXEN, K. “Veröffentlichung und Verheimlichung des Strafverfahren”, en: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* 2013, N° 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

el posterior juicio y en principio no está prevista la institución de la defensa penal aquí y ahora.⁷⁵ 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*);⁷⁶ 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;⁷⁷

Cuadrado (coords.), *El Derecho Procesal español 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. Op. 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. Op. 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. Op. Cit., pp. 570–606. En relación con Alemania e Italia puede consultarse también PLOS-

no en vano las características del nuevo modelo resultaron ser más duraderas que la propia conquista francesa y aun 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.⁷⁸ Fue este el momento oportuno para la redacción 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 aun en vigor⁷⁹ y aún pendiente su sustitución en próxima reforma proce-

COWE. Op. 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 administración 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. Op. 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 SOTELLO, 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. Op. 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.

sal penal, a la fecha y desde hace años anunciada.⁸⁰ Todos

- 80 En estos momentos, como es sabido, se está debatiendo un nuevo borrador de ley procesal penal, cuyo último texto ha sido publicado a fecha de 26 de febrero de 2013 en servidor oficial del Ministerio de Justicia aún cuando se encuentra disponible en otros sitios internet (a modo de ejemplo, ULR: 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, N° 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 RODRIGUEZ 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, N° 8086 y 27 de mayo, N° 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, N° 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, 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, N° 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, N° 20, pp.74–88 así como MUERZA ESPARZA, J. “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España”, en: *Re-*

estos códigos conservaron 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 presenta-

vista Aranzadi de Derecho y proceso penal 2009, N° 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, N° 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, N° 7548, <http://diariolaley.laley.es> y en *Justicia* 2011, N° 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.

dos como contrapuestos entre ellos.⁸¹ 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 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,⁸² 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 aplica-

- 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.
- 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 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 GUERRERO PALOMARES. Op. Cit., esp. pp.133-161 con examen de los procesos estadounidense, inglés y galés, italiano y alemán.

ción 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.⁸³

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*⁸⁴ 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 del respeto a la “justicia”, “imparcialidad” o “equidad procesal”⁸⁵

- 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 país THAMAN, S.C. “Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de Estados Unidos”, en: Bachmaier Winter. Op. Cit., pp. 161–176, esp. 1ª pag.
- 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 pre-

(*fairness*) debido a la inexistencia en última instancia del derecho a un juicio con Jurado.⁸⁶ 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 solo con la investigación judicial llevada a cabo por el juez instructor en esta primera fase del proceso penal, sino también –e incluso más importante–

sente trabajo arriba mencionados también se realiza expression de los terminos de “justicia” e “imparcialidad”, 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, N° 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, N° 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.* Op. 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.

como una clara referencia al activismo judicial presente en el desarrollo del posterior juicio oral.⁸⁷

No en vano, como ha sido muy clara y gráficamente expuesto entre la academia de nuestro país, el significado de inquisitivo es por si mismo contrario a la propia esencia del proceso,⁸⁸ proceso que hoy en día ha de entenderse únicamente posible en la forma de “debido proceso”,⁸⁹ tal y como es reconocido de forma global en todas las normas constitucionales europeas así como en todos los textos de carácter supranacional vigen-

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

tes en Europa.⁹⁰ 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,⁹¹ especialmente a partir de la denominada “revolución procesal penal”⁹² emprendida en la era *Warren* por par-

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 arts.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 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’

te del Tribunal Supremo norteamericano y cuyo mejor ejemplo es sin duda el caso *Miranda v. Arizona*.⁹³ Por este motivo y siguiendo el mismo razonamiento, cualquier referencia a un

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*, 7^a 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*, 3^a 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.

“proceso penal inquisitivo” es una *contradictio in terminis*,⁹⁴ 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 propuesta⁹⁵ 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;⁹⁶ 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.⁹⁷ Así, a pesar de la abundante lite-

94 MONTERO AROCA. Op. Cit., p. 23.

95 Vid. GLENN. Op. 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. Op. 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 Cusac. Op. 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, ASENICIO MELLADO, J.M. *Prin-*

ratura en pretexto de aclarar este concepto y su relación con la noción de adversariedad misma,⁹⁸ el patrón de este proceso penal acusatorio se ha convertido en una fuente de fascinación especialmente para un amplio sector doctrinal de origen europeo siendo creado una especie de principio acusatorio⁹⁹ para otros –y así, en nuestro país, de nuevo MONTERO

principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Trivium, Madrid, 1991, esp. pp. 23 y ss.

- 98 Un buen ejemplo para un efoque general son los trabajos de DAMASKA, M. “Adversary system”, en J. Dressler (ed.). *Encyclopaedia of crime & justice*, vol. 1, 2ª ed., Free Press, N. 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 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, N° 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, N° 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.)

AROCA– calificado de “slogan político”.¹⁰⁰ 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,¹⁰¹ el ámbito académico angloamericano –especialmente desde Estados Unidos– expresa

100 Vid. ambos trabajos arriba citados con dicho título. Anticipación de este punto de vista y así crítica 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.

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 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.

su descontento con la institución de la adversariedad reconsiderando su acercamiento a las soluciones vigentes en Europa continental.¹⁰²

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.¹⁰³ 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

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. Op. 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 esta una noción applicable 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.

entre ambos conceptos e instituciones.¹⁰⁴ Al final, semejantes precisiones terminológicas no son convincentes para el común de la literatura pues aún hoy día autoridades académicas y judiciales utilizan ambos términos como sinónimos;¹⁰⁵ 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”¹⁰⁶ –insisto, si es que es necesario algún tipo de catalogación– en

104 En concreto, este es el caso de GOLDSTEIN. Op. 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 solo un proceso judicial 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 HERRMANN, 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,

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.¹⁰⁷ Esta concepción se presenta 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 procesos penales desarrollados en la Europa continental que están centrados en la figura del juez (*judge-*

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. 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.

centered]).¹⁰⁸ Desde esta perspectiva, los papeles desplegados por la acusación y defensa adquieren suma importancia¹⁰⁹ 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*)¹¹⁰ en oposición con la figura de juez pasivo y neutral que tiene lugar en tales sistemas adversariales,¹¹¹ en puridad, cabría hablar más

108 Ambas expresiones proceden de HERMANN. Op. 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. Op. 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 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

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.¹¹² Así, este derecho a un juicio adversarial desarrollado

la presentación de la prueba a las partes se convierte en un elemento fundamental de la adversariedad; así LANDSMAN, 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, N. 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 reacio 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 (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 jui-

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*).¹¹³

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 cons-

cio con un juez (*decision maker*) imparcial. Sobre el contenido y significado de tal derecho a un juicio 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, N. 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 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.

truyen dos casos independientes.¹¹⁴ 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;¹¹⁵ 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.¹¹⁶ Por todo ello es de comprender que la institución

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

del *discovery*¹¹⁷ 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;¹¹⁸ en este último ámbito, como es bien conocido, sólo existe una única instrucción o sumario en su caso (*investigative dossier*¹¹⁹) al

- 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 éste último por lo que la propia institución entraña; consúltese así, a modo de ejemplo, KAPLAN, S.M. *Legal dictionary: EnglishSpanish/SpanishEnglish*, 3ª ed., Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, p. 144 así como diccionario Legal Wordreference en sitio internet <http://www.wordreference.com/ensl/discovery> (fecha de última consulta: 19 de junio de 2013). Finalmente se hace empleo directamente del término inglés comunmente 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. Op. 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.

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.¹²⁰

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 ello¹²¹ 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 verdad¹²² hasta el punto que desde el continente europeo ha lle-

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”, 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. Op. 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. Op. 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

gado a hablarse de un concepto “verifóbico” del proceso, cuyo mejor exponente es este modelo de proceso adversarial.¹²³ Parece así que la búsqueda de esta verdad material o la determinación de “lo que realmente acaeció” (verdad material¹²⁴) no

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. Op. 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. Op. Cit., esp. p.114.

- 123 En concreto TARUFFO, M. “La verità nel processo”, en: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2012, vol. 66, N° 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, TARUFFO, M. “L’abuso del processo: profili generali”, en: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2012, N° 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, N° 6, pp. 1547–1566.

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;¹²⁵ incluso ha sido propuesto un método probatorio diferente para procesos adversariales y no adversariales, vaticinando diferentes objetivos y valores en ambos casos.¹²⁶ Sin duda, este punto constituye probablemente una de las mayores diferencias entre procesos adversariales y no adversariales como aquellos existentes en Europa¹²⁷ junto

- 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 pretrial 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. Op. Cit., esp. p. 543.
- 126 En particular JACKSON, J.D. “Two methods of proof in criminal procedure”, en: *Modern Law Review* 1988, vol. 51, N° 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 re-

con la existencia de una investigación o instrucción 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

sumen, allí se indican las siguientes características para el sistema 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.

la línea desarrollada por el Tribunal Supremo en *Miranda*,¹²⁸ aunque privilegio de alcance limitado como se ha revisado recientemente en *Berghuis v Tompkins*.¹²⁹ Por el contrario, continuando la misma argumentación, en el proceso no adversarial el acusado es tratado como un “objeto”, siendo aquí enfati-

- 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 de derrecho 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.
- 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.

zado el significado más negativo del término “inquisitivo”; según ello la confesión emerge aquí como *regina probatorum*¹³⁰ entre los restantes medios probatorios y es así considerada la declaración del imputado como la fuente más importante de información.¹³¹ No ocurre así en el proceso penal adversarial

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. Op. 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.
- 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. Asimismo SCHLESSINGER. Op. Cit., p. 377, mostrándose crítico sobre el de-

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 testimoniales bajo la fórmula del interrogatorio cruzado (*cross-examination*) para el cual llega incluso a hacerse uso de una especie de “entrenamiento” (*coaching*)¹³² 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 examen de la veracidad de todas estas afirmaciones en el panorama actual.

recho 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 testimonial en ambos modelos adversarial y no adversarial.

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”,¹³³ aún persisten a fecha de hoy entre los procesos penales existentes tanto en Europa continental y como en Angloamerica. 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”.¹³⁴ 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 desdibujan-

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.

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. Op. Cit., esp. p. 290.

do y la idea de convergencia¹³⁵ 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:

1.1 FASE DE INSTRUCCIÓN

Es bien sabido que todos los procesos penales tanto en la Europa continental como en Angloamerica 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”¹³⁶ del proceso penal, razón por la que también

135 Así JÖRG *et al.* Op. 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 (última fecha de consulta: 26 de junio de 2013).

136 Expresión acuñada de KRATCOSKI & WALKER. Op. Cit., esp. p.98.

se les confiere la facultad de comunicar la *notitia criminis*.¹³⁷ 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*),¹³⁸ 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).¹³⁹

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*, Louisiana 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. Op. 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

Sin embargo, ha de puntualizarse que este panorama ya no está presente hoy día en varios países europeos;¹⁴⁰ es el caso

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/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, N° 3, pp. 257–282. Entre la literatura española especialmente GUERRERO PALOMARES. Op. 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, N° 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, N° 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. Op. Cit., esp. pp. 246 y ss.; LANGBEIN y WEINRIB. Op. Cit., esp. pp. 1549 y ss; PLOSCOWE. Op. Cit., esp. pp. 460 y ss.; VOLK-MANN-SCHLUCK. Op. 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. Op. 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.

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*.¹⁴¹ 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 forma de supervisión en esta fase de investigación.¹⁴² En la actualidad, el juez instructor aun pervi-

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. Op. Cit., esp. p. 67; así también HERMANN, J. “Federal Republic of Germany”, en: G.F. Cole *et al.* Op. Cit., pp. 86 y ss., y WEIGEND, T. “Germany”, en: C.M. Bradley. Op. Cit., pp.243 y ss., esp. p. 262. En España especialmente GUERRERO PALOMARES. Op. Cit., esp. pp. 145 y ss.

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, op.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. Op. 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. Op. Cit., esp. pp. 142 y ss.

ve 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,¹⁴³ sin éxito hasta la fecha y por ello su hoy 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

- 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, N° 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 esta prevista en el art. 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. Op. 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 KEEDY, 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, HOGDSON, 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.

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 garantías¹⁴⁴ confor-

- 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 anterior art.457 y Tribunal de Garantías conforme al actual texto de Borrador de Código Procesal Penal arriba mencionado con las potestades descritas en 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, N° 7939, <http://diariolaley.laley.es> y, para el segundo, MARCHENA GÓMEZ, M. “Proceso penal: nuevos problemas, viejas soluciones”, en: *La Ley penal* 2013, N° 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, N° 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, N° 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. Op. 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

me al modelo francés. En conclusión, pues, si la inexistencia 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 debate¹⁴⁵– en contraste con el modelo de Europa

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, N° 6799; DAMIÁN MORENO, J. “¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?”, en: *Diario La Ley*, 13 de octubre de 2008, N° 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 Ley*, 21 de abril de 2009, N° 7158, todos ellos disponibles bajo suscripción en <http://diariolaley.laley.es>

145 Por todos, DAVIS. Op. 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 genera-

continental, donde prevalece 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 introdu-

les, 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 terminos 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.* Op. 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 responsabilidad 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.

cidas manifestaciones de este principio de oportunidad¹⁴⁶. Así ocurre, por ejemplo, en Francia,¹⁴⁷ 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 solo a un órgano jurisdiccional profesional y sin presencia de investigación judicial;¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹ Aún mayor discrecionalidad para

- 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, N° 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, N° 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 Consúltase FREED. Op. Cit., p. 738, y PLOSCOWE. Op. Cit., p. 386, aportando este último una interesante explicación histórica; también, dentro de la literatura ya citada y específicamente, GOLDSSTEIN y MARCUS. Op. Cit., p. 251 así como LANGBEIN y WEINRIB. Op. Cit., p.1552.
- 149 En concreto, arts.2 y 3 CPPFr. Sobre este tema en particular véase por ejemplo, dentro de la literature más clásica, LARGUIER, J.

el Ministerio Público existe a la fecha en Alemania,¹⁵⁰ donde está presente una combinación de ambos principios, legalidad y oportunidad (*mandatory y prosecutorial discretion*)¹⁵¹ 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.¹⁵² En cambio, como es conocido, España

“The civil action for damages in French criminal procedure”, en: *Tulane Law Review* 1965, vol.39, pp. 687–700.

- 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, N° 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. Op. 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

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 excepcional¹⁵³ así como la pervivencia de la institución de acusación privada, incluso para cualquier ciudadano y no solo para la víctima (acusación popular)¹⁵⁴

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

italiana, disponible en español en ULR <http://www.ces.es/TRES-MED/docum/ita-cttn-esp.pdf> (fecha de última consulta: 25 de junio de 2013). Entre la literatura consúltese, por todos, AMODIO y SELVAGGI. Op. Cit., p. 1218 y GRANDE. Op. 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, N° 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.
- 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.

ser excluidos del proceso”.¹⁵⁵ En suma, tal regla en cuestión opera a modo de privilegio contra aquella “prueba” obtenida de modo impropio, esto es, ilegal y/o ilícito.¹⁵⁶ Su origen ha de vincularse a la ausencia de control policial por parte del esta-

- 155 Definición extraída de SCHLESINGER, S. *Exclusionary injustice. The problem of illegally obtained evidence*, M. Dekker, N. York, 1977, p. 1 (traducción libre). En la práctica esta regla de exclusion 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, N. York, 2010, p. 183. Consúltese también en general KAMISAR, Y. *et al.* Op. 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, N. 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 exclusion probatoria norteamericana en especial AGUILERA MORALES, M. “Regla de exclusion y acusatorio”, en: Bachmaier Winter. Op. 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 exclusion 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 exclusion 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, N° 94, pp. 37–59.

- 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 “sucias”, “manchada”, “contaminada” o “infectada”; así BILZ, K. “Dirty hands or deterrence? An experimental exam-

do 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.¹⁵⁷ Así, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el conocido caso *Mapp v. Ohio*¹⁵⁸ sentó una importante jurisprudencia

ination of the exclusionary rule”, en: *Journal of Empirical Legal Studies* 2012, vol. 9, pp. 149–171, esp. p. 151.

- 157 Así VOLKMANN–SCHLUCK. Op. 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 expone). Desde la perspectiva comparada es de interés el trabajo ya citado de KUNERT. Op. 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, N° 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, N° 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. Op. 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

dencia en este país pues el privilegio de exclusión se extendió no solo al ámbito estatal –en virtud de la aplicación de la cláusula del debido proceso establecida en la Cuarta Enmienda¹⁵⁹ como ya ha sido más arriba anticipado– sino también en relación con otras diligencias investigadoras haciendo evidente la violación de las respectivas disposiciones constitucionales;¹⁶⁰

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 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*. Op. Cit., esp. pp. 1279–1357; así también en nuestro país, GÁNEM 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 uti-

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.¹⁶¹ A pesar de la importancia de tal regla a fin de asegurar 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 envenado”,¹⁶² todavía existe discusión dentro del con-

licen 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 consúltase 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 Law Review* 2011, vol. 80, pp. 485–509; aquí se incluye un análisis comparado entre *Arizona v. Gant*, 556 US 332 (2009) y *N. 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*,

texto norteamericano sobre su pervivencia tanto entre el sector académico como de la práctica judicial, considerando tales autores¹⁶³ que la imposición de esta regla convierte la lucha contra el crimen en una carrera de obstáculos.

Federation Press, Sidney, 2010. Consúltese también en general KAMISAR, Y. *et al.* Op. 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. Op. 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., LexisNexis, San Francisco & Los Angeles, 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, N. 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 extra-judiciales, como es

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.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ En general,

el caso de procedimientos 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. Op. 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, VOULIN, 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

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 prueba ilícita se contempla en el sistema legal italiano¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷ Por el contrario, en Inglaterra y Ga-

AMBOS, K. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en: Gómez Colomer. *Prueba y proceso penal*, cit., pp. 325–360.

- 166 Art.191 CPPIt; al respecto, VAN CLAEVE. Op. Cit., pp. 327 y ss. Un comentario de este precepto se realiza en España por CHIAVARRO, 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, MARTINEZ 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.,

les, donde el proceso penal se cataloga como adversarial y/o acusatorio y cuya estructura de estado se califica como descentralizada o coordinada,¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹

pp. 75–106. Más recientemente, desde una perspectiva crítica a la regulación española de la ilicitud probatoria en términos generales, ASENCIO MELLADO, J.M. “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en: *Revista General de Derecho Procesal* 2012, N° 26, <http://www.iustel.com>

- 168 Recuerdese 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. Op. 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 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

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,¹⁷⁰ pero se debería incluir también cualquier tipo de

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: *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, N° 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, N° 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, N° 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, N° 69001, <http://www.diaristolaley.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, N° 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: *Re-*

pericia en general. Una segunda razón que redundo 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,¹⁷¹ vigilancia e intervención de comunicaciones telefónicas o electrónicas¹⁷² e incluso técnicas consistentes en investigaciones

vista do Ministério Público 2012, N° 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 electrónicas 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–

al azar (*dragnet investigations*) o auténticas “cacerías” de in-

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, 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

formación (*entrapment*),¹⁷³ así como otras medidas llevada a

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. “Dagnet 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. Op. 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 sinnfin 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

cabo por las fuerzas policiales.¹⁷⁴ Precisamente, el surgimiento 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.¹⁷⁵

DE URBANO CASTRILLO, E. “La investigación en el futuro proceso penal”, en: *La Ley penal* 2012, N° 93, <http://laleypenal.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 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, N° 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.

1.2 JUICIO ORAL

No en vano esta fase se ha caracterizado como la “joya de la corona” del proceso penal adversarial¹⁷⁶ –especialmente en

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, WHITE-HEAD, 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 procesal 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 siste-

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 Enmienda¹⁷⁷ 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*);¹⁷⁸ éste constituye sin duda, el me-

ma 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*,

dio 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*)¹⁷⁹ 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.¹⁸⁰ 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

399 US 149, 158 (1979); la declaración original se puede encontrar en WIGMORE, J.H. *A treatise on the Anglo-American system of 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, N° 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, N° 2, pp. 175–189.

180 En esta línea DAMASKA. “Presentation of evidence and fact-finding precision”, cit., esp. p. 1088.

de Francia,¹⁸¹ Alemania,¹⁸² Italia¹⁸³ e incluso España desde 1882.¹⁸⁴ Conviene además, por último, recordar a este res-

- 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. Op. 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. Op. 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 presidente 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. Op. Cit., esp. p. 343 así como CHIAVARIO. Op. 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 solo 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. Op. Cit., p. 1. y MURRAY. Op. Cit., esp. p. 44. Al respecto en nuestro país, por ejemplo, VERGÉ GRAU, J. “Un interrogatorio cruzado y mágico”, en: *Justicia* 2000, N° 1, pp. 5–14 y, más ampliamente, en general, sobre la práctica de tal interrogatorio en la persona del acusa-

pecto 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,¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶ Es verdad que en países de Eu-

do, 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. Op. Cit., esp. pp. 35 y ss.; en España, por ejemplo, ESPARZA LEIBAR, I. “El Jurado en los Estados Unidos de Norteamérica: problemática general. El procedimiento de selección”, en: *Revista de Derecho Procesal* 1995, N° 1, pp. 295–311; así también, para un comentario jurisprudencial, PÉREZ CEBADERA, M.A. “Juicio con Jurado”, en: Gómez Colomer, cit., pp. 925–979.

ropa continental el derecho a un juicio con Jurado en general apenas existe como tal, al menos en el sentido complejo en Estados Unidos a través de la aplicación de la Sexta Enmienda de su constitución.¹⁸⁷ 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

- 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, N° 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, N° 2, N° 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, N° 2, monográfico, así como MARDER, N.S. (ed.). *Symposium on comparative jury systems*, en: *Chicago–Kent Law Review* 2011, vol. 86, N° 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, n° 1, monográfico.

tiene lugar a través del modelo de tribunales mixto o, en puridad, Escabinado,¹⁸⁸ en algún 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.¹⁸⁹ Por el contra-

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 profesionales 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 professional 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*

rio, es bien conocido como 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;¹⁹⁰ fundamentalmente, estos rasgos singulares hacen referencia a la necesidad de un veredicto motivado,¹⁹¹ lo que

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, N° 2, pp. 323–339; y Portugal, también entre nosotros, ALVAREZ ALARCÓN, A. “El Jurado en Portugal: estatuto, competencia y procedimiento de selección”, en: *Anuario de la Facultad de Derecho* 1987, N° 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 bibliografía 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.
- 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, N° 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, N° 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

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.¹⁹²

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.¹⁹³ se trata de la negociación de la pena

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 ‘huída 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 ne-

(o “conformidad” en España) como una modalidad de la admisión formal de culpabilidad¹⁹⁴ y la que se califica al mismo

gociación 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 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 RODRIGUEZ, N. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996 y RODRIGUEZ 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 PLANCHA-DELL 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 acep-

tiempo consecuencia y fracaso de la aplicación del modelo adversarial al proceso penal. Una 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”¹⁹⁵ entre la acusación y acusado o, más exacta-

tación 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. Op. Cit., esp. pp. 265 y ss. así como MILLER & WRIGHT. Op. Cit., esp. pp. 1101 y ss.; en España por ejemplo CABEZUDO RODRIGUEZ. Op. Cit., esp. pp. 77 y ss.

- 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.

mente, defensa, colocando a ambos en una posición similar a la que adquieren los litigantes en el proceso civil.¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷

- 196 En esta línea, VOLKMAN-SCHLUCK. Op. 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. Op. Cit., esp. pp. 66 y ss., en referencia al elevado coste (fundamentalmente económico) que deriva de la aplicación de la pena 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

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.¹⁹⁸ De este modo, la negociación de la pena, en cuanto alternativa al juicio con Jurado, opera como una especie de “acuerdo” (*deal*)¹⁹⁹ 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 judicial²⁰⁰– 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”.²⁰¹ Por tales motivos,

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

dada la conveniencia de esta institución desde la perspectiva administrativa, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha reconocido su constitucionalidad;²⁰² las propias razones económicas antes aducidas²⁰³ han convertido a la negociación de la pena como institución esencial para la pervivencia del sistema judicial penal y, en la práctica judicial norteamericana,

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. US* 404 US 257, 260 (1971); en opinión del Tribunal Supremo en Estados Unidos, la institución de la negociación de la pena, “administrada 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 penal 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. Op. Cit., esp. pp. 139 y ss.

más de un 90% de los procesos penales finalizan de esta forma en Estados Unidos.²⁰⁴

Tal modelo de la negociación de la pena, mantenido a flote por defensores,²⁰⁵ reformadores,²⁰⁶ e incluso indirectamente tam-

204 Vid. MILLER & WRIGHT. Op. 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. Op. 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”, 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 RODRIGUEZ. Op. Cit., pp. 276 y ss., pasando, bien por la limitación del poder discrecional del Mi-

bién por sus detractores²⁰⁷ también ha llegado hasta el continente europeo, donde el proceso penal se supone que está centrado en la figura del juez (*judge-centered*). Su avance se produce al hilo de una suerte de “marcha triunfal de procesos consensuales”²⁰⁸ hasta el punto que ahora se observan instituciones similares a la negociación de la pena norteamericana

nisterio 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.

(*plea bargaining*) en Francia,²⁰⁹ Alemania,²¹⁰ Italia²¹¹ y Espa-

- 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 N° 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 n° 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) aún cuando en dicho precepto el nombre que recibe es el de *Verständigung*; un comentario le dedica BOHLANDER. Op. 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 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, n° 47 (*Gaceta Ufficiale*, 24 de octubre de 1988, n° 250 Supl. Ord.). Entre otros pueden consultarse los comentarios a la institución de GRANDE. Op. Cit., pp. 253 y ss. así como PIZZI y MONTAGNA. Op. Cit., esp. pp. 437 y ss.;

ña²¹² a pesar de poseer un origen extraño a la historia judicial de estos países.²¹³ No en vano, en todos los procesos penales

en línea similar, MONTANA. Op. 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 RODRIGUEZ 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 resultas 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 6 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. Op. Cit., esp. pp. 455 y ss., entendiendo que no caben pactos en el denominado sistema mixto o acusatorio formal.

Así también está previsto 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 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 RODRIGUEZ GARCÍA. Op. Cit., esp. pp. 245 y ss.; LANGER. “From legal transplants to legal translations ...”, cit., esp. pp. 53 y

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.²¹⁴ 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.²¹⁵ Esta supervisión judicial garan-

ss.; PRADO, G. “Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a 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 LECrim, a tenor del cual es la defensa quién realiza la petición de una “sentencia de conformidad con el escrito de acu-

tiza 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 jurídico²¹⁶ y la presión impuesta por la acusación a fin de lograr que el acusado acepte la admisión formal de culpabilidad.²¹⁷ Por todo ello que el ór-

sación 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, N° 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, op.cit., esp. p.61. De forma expresa sobre la relación existente entre la admisión de culpabilidad y la inexistencia de 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

gano 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 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*.²¹⁸ No en vano, en su

acusados más “vulnerables” (por ejemplo, carentes de estudios). Mayor crítica del sistema se realiza por BAR-GILL, O. y BEN-SHAR, 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.

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

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”²¹⁹ 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*;²²⁰ la dificultad es aún mayor si, como en este caso, los procesos penales procesales pertenecen a sistemas legales distintos.²²¹

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 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 de evidencia como no es fácil la convivencia entre

El mejor ejemplo de un “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).²²² 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.²²³

elementos adversariales y no adversariales en el seno de un mismo proceso. Al respecto, de forma específica, PANZAVOLTA. Op. Cit., esp. p. 591.

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 como 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”,

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 fomentarla justicia en el proceso (*fairness*);²²⁴ ciertamente es esta una meta no siempre fácil de alcanzar pero debiera ser siempre tenida en cuenta y, más aún, respetada en todo 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;²²⁵ 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 quién ostenta la potestad jurisdiccional.²²⁶ Tomando esta premisa en consideración, ciertamente el verdadero desafío consiste en la consecución del proceso penal ideal²²⁷ y es aquí

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.
- 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

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.²²⁸ 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” que en la consecución de la justicia misma;²²⁹ de la misma forma, el grado de compro-

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. Op. 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, aquellas publicadas en el *New York Times*, cuya versión digital está disponible en 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 *Foreign Intelligence Surveillance Court* (FISA), poniendo en duda su adscripción a la jurisdicción ordinaria de Estados Unidos; así enlace 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).

229 En esta línea JACKSON, B. *Law and disorder. Criminal justice in America*, University of Illinois Press, Urbana, 1984, esp. p. 81, declara-

miso de la defensa se modula en función de la disponibilidad económica del imputado.²³⁰ 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.²³¹ 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”.²³²

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

rando 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. Op. Cit., afirmando que “es rara la defensa convincente y concienzuda” y que “el servicio más comunmente 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.

que hoy día es admisible la práctica de declaraciones testificales con carácter extrajudicial.²³³ También merece reseñarse como la regla para llevar a cabo el trámite procesal del *discovery* (*discovery rule*) tal y como fue establecida en *Brady v.*

- 233 Así a partir de *Ohio v. Roberts*, 48 US 56 (1980) aún 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 (*non-testimonial 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 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 esta 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.

Maryland,²³⁴ 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,²³⁵ todavía el Tribunal Supremo tiene pendiente 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

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

acusación de revelar sus fuentes y, en suma, el resultado de su investigación desarrollada hasta la fecha (*prosecutor's file*)²³⁶.

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.²³⁷ 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 im-

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. Op. Cit., esp. p. 101 reclamando la promulgación de “legislación clara y precisa” al respecto.

237 En concreto, *Missouri v. Frye* y *Laffer v. Cooper*, n° 10–444 y n° 10–209, 566 US __, ambas sentencias dictadas a fecha de 21 de marzo de 2012 y disponibles en anterior servidor oficial <http://www.supremecourt.gov/opinions/casefinder.aspx>.

portante como son las elevadas cifras²³⁸ que arrojan en tribunales –tanto federales como estatales– tales acuerdos obtenidos como resultado de la negociación de la pena entre acusación o defensa (léase, conformidad), ello aún cuando algunas propuestas de solución y/o alternativas han sido aportadas, siquiera desde la perspectiva académica.²³⁹ 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 este es verdadero problema: el proceso adversarial no resulta siempre eficiente y la eficiencia es hoy también importante en la administración de justicia.²⁴⁰ En realidad, el

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).

239 Así, por ejemplo, PUGH. Op. 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.

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.²⁴¹ 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 de dotar de efectividad al Derecho Penal²⁴² 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”.²⁴³

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 desfaseado. 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).

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 pág.

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.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL COSTARRICENSE. ORIGEN Y APLICACIÓN¹

.....

Mario A. Houed Vega
Profesor de Derecho penal e Investigador
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua

Resumen: El presente artículo trata sobre la evolución del Derecho Procesal Penal respecto a los Derechos 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 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.

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.

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 n° 7594 de 10 de abril de 1996 y publicado en el Alcance número 31 a La Gaceta n° 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 lla-

mado por algunos “adversarial”,² aunque guardando sus distancias con el modelo norteamericano 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.³

- 2 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 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 edic., 1995, p. 564, segundo párrafo. Sin embargo, difiero con respecto 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 ps. 568 y siguientes).
- 3 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.

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 n° 5377 de 19 de octubre de ese año que entró a regir en el mes de julio de 1975) cuyo relevante significado – entre otros aspectos 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 n° 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 dis-

posición 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 SOLUCION 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 fina-

lidad, que ha sido bastante discutida,⁴ 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 n° 8720 de 4 de marzo de 2009, publicada en el diario oficial La Gaceta n° 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.

4 Ver entre otras, la obra del Prof. alemán W. Hassemer, “ Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal”, Editorial Ubijus, 1ª edición, México, 2009, en especialmente en ps.19 y ss.; y la obra del Prof. español Francisco Muñoz Conde, “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, edit. 103 y ss. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2ª edic., 2003, especialmente en ps.

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, 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.⁵

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

- 5 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 (guilty 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).

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.⁶

B) DERECHO Y CAMBIO SOCIO-JURIDICO

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.

- 6 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 contraponen 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).

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 CPP-cr)*, 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 accio-

nes 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 con-

secuencias, 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, aquélla –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 tarea, 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 ta-

les 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 general⁷

A) CONCEPTO

La introducción de mecanismos alternativos dentro de la materia penal, constituye un reconocimiento de la incapacidad del siste-

7 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 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. VELEZ 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*”

ma tradicional existente como propuesta de solución de conflictos.⁸ 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.

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 edición, 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.

8 Cfr. en este sentido la opinión de Julio B.J. MAIER en *Derecho procesal penal*, Tomo I, Fundamentos, 2º edición, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 152.

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*”.⁹ A su vez, *Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)*,¹⁰ 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

- 9 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*, 2º edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 52.
- 10 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)

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).¹¹

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,¹² y ha

- 11 Asimismo 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 (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.
- 12 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 con-

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; 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.

sejo 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)

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 acompasado 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 adop-

tada 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*”,¹³ 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*”.¹⁴ 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*

- 13 ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.). *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. San José (Costa Rica): Editorial Porrúa, México, 2000, p. 18.
- 14 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, N°9, p. 47.

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".¹⁵

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 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.¹⁶ 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*.¹⁷ 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

15 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, N°9, p. 14.

16 Cfr. en este sentido la opinión de MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 832.

17 MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 832.

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.¹⁸

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 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*

- 18 Al respecto comenta en Argentina el Dr. Héctor Mario MAGARINOS: “(...) 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: op. 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, “Tramite Parlamentario”, período 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*, 1° ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 144).

preventivo general de la pena, ni positivo ni negativo".¹⁹ 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 "*sub mundo antisocial*", una "*Universidad del Crimen*".²⁰

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 decriminalización de ciertos hechos y la formulación de diferentes penas alternativas en el Código penal sustantivo.²¹

- 19 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.
- 20 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*, 1° edición, CONAMAJ, 2002, p. 236.
- 21 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

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)²²

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 entramamiento del sistema de justicia, que favorece la impunidad de la crimina-

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: 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, N°9, p. 71. En la primera de esas obras se indica “*Cabe 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, op. Cit. p. 115)

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia (comp.) *Sistemas penales y Derechos Humanos*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 119–125 e ISSA EL KHOURY

- 22 CARRARA citado por MARCHISIO, Adrián (coord.). Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, op. Cit., p. 26.

lidad 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”.*²³ Sin embargo, el párrafo segun-

- 23 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 C.P.P. 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 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 ALVAREZ, Daniel (comp.). Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p.88; también GÓNZALEZ ALVAREZ, Daniel. Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 47. SCHÖNBOM, 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 RO-

do 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.”²⁴

DRÍGUEZ GARCÍA, Nicolas. “Oportunidad y Consenso”. En: La Justicia Penal negociada. Experiencias en derecho comparado. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 211 y ss.).

24 MARCHISIO, Adrián (coord.), Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, op. Cit., p. 551.

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 oportunidad 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.”*²⁵ 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.”*²⁶ Por su parte, González Álvarez define el principio en cuestión como aquél 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”.*²⁷

25 MAIER, Julio B.J., Derecho procesal penal, op. Cit., p. 158.

26 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, traducción de la 25° edición 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.

27 GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Rvista de Ciencias Penales*, Revista de la

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”*²⁸

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 obligatoria-*

Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°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*, 1 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”, op. 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 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*, op. Cit., p. 836.

28 MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 835.

mente, 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”²⁹

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

- 29 GONZÁLEZ ALVAREZ, 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, N°7, p. 66. En el mismo sentido ROXIN apunta que el principio de legalidad “*res ponde 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*, op. 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 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*, 2° edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 32.)

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 Alvarez: *“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”*.³⁰ Esta es la inquietud básica a la que responden los artículos correspondientes del C.P.PCR . 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.”*³¹ 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”*.³²

Aún admitiendo la legalidad más estricta debemos reconocer que *“estudios empíricos han demostrado que, aun afirmada*

30 GONZÁLEZ ALVAREZ, 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, N°7, p. 66.

31 MAIER (Julio B.J.), *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 841.

32 MAIER (Julio B.J.), *Derecho procesal penal*, op. Cit., pp. 154–155.

la legalidad sin 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.”³³ 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,

- 33 MAIER (Julio B.J.), *Derecho procesal penal*, op. 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”. TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, op. 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 MARTINEZ, Edmundo. *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. 1 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, N°10, pp. 2–8.

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 limitados recursos estatales a la persecución de aquellos que más daño 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.”³⁴ 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

34 MARCHISIO, Adrián (coord.), Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, op. Cit., p. 533.

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”.*³⁵ 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 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 necesi-*

35 MAIER (Julio B.J.), Derecho procesal penal, op. Cit., p. 831.

ria independencia (de cualquier centro de poder y no sólo del Poder Ejecutivo) para que desaparezca el fundamento de la objeción”³⁶

D. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFECTOS

El artículo 22 del CPPCR permite, previa autorización del superior jerárquico,³⁷ prescindir de la acción penal pública,

- 36 TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, op. 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*, 1° edición, Editorial Juritexto, San José, C.R. 2000, pp. 307 y ss.
- 37 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”, op. 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.

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 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, aun 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”.³⁸

- 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

38 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*, op. Cit., pp. 90–91, y ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 93 con múltiples citas de doctrina).

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 derecho 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”.³⁹ 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.

39 LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., p. 86.

Asimismo, 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)⁴⁰

El derecho a imponer una pena es hoy día un derecho reservado al Estado, quien, según el decir de Christie,⁴¹ le ha “robado” el conflicto a las partes, vaciando al proceso pe-

40 BARATTA citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

41 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 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op. 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.

nal 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.⁴²

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

- 42 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 quienes 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”, op. cit., p. 142.

“novedosa”⁴³ a lo interno del Derecho Penal, que abre opciones a distintas respuestas 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 pro-

- 43 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.

fesor 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,⁴⁴ 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,⁴⁵ y por esta vía a Latinoamérica. Una

- 44 Más adelante se analizan diversos conceptos que han sido utilizados por diversos sistemas para su debida implementación.
- 45 El Proyecto Alternativo alemán sobre reparación del daño (*Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung*) 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 este 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, N° 1, octubre de 1991, pp. 5–22; 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, N° 1, octubre de 1991, pp.23–45; CREUS, Carlos. *Reparación del daño producido por el delito*, 1° ed., Rubizal–Culzoni, Santa Fe, 1995, 224 p.; 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, p. 27 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, 629 p.; OLSON, Cynthia. “Aplicando la mediación y los

vez probada su eficacia en el derecho penal juvenil, no se tardó en trasladar el enfoque al derecho penal de adultos.⁴⁶

procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa”. En: CARRANZA, Elías (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, ILANUD, Siglo Veintiuno Editores, 1º 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*, 1º ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, 224 p.. 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, Nº15, 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, Nº15, pp.28–34. También en línea: OCROSPOMA PELLA, Enrique. *La reparación penal*. [en línea] Setiembre 2002. Disponible en: http://www.derecho.com/boletin/articulos/artículo_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. [entre otros documentos sobre el tema.

- 46 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

La autora Aida 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 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.”⁴⁷ Esta corriente es el producto de la fusión de tres

características del “Derecho Reflexivo” que propone HABERMAS, y por lo tanto encuentra sus raíces profundas en las ideas de este filósofo (ibid., p. 181.)

- 47 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 109. Múltiples han sido las definiciones que la doctrina le ha dado a la “justicia restaurativa” (término que es la traducción aproximada al español de la “*Restoraritive Justicia*” 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

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

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, 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, Aída. Justicia Restaurativa, op. Cit., pp. 110-114.

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 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”⁴⁸

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.”⁴⁹

Las ideas de “justicia restaurativa” pernean los mecanismos alternativos que incorpora la reforma en nuestro CPP-CR, 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.

48 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 185, quien a su vez se basa en las ideas de SCARDACCIONE y ARCHIBALD entre otros.

49 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 553.

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 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 CPP-CR para que el Ministerio Público pueda autorizar la conversión de la acción son los siguientes:

- a) La solicitud expresa de la víctima, entendiendo 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”.⁵⁰ Nótese

50 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 (Cf. 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 consecuencias 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

que por “grave” se entiende “grande, de mucha entidad o importancia”,⁵¹ 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

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).” (LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, 2º edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, p. 88). LLOBET 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”. LLOBET (*Ibid.* p. 79).

51 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Impresión: Mateu–Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, p. 1057.

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.

3. El fenómeno de “Desjudializacion”

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 “desjudialización”, para luego entrar a conocer de los tres principales mecanismos que incorpora la reforma, esto es: a) La conciliación (art 36 C.P.P.), 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 desjudialización de ciertos conflictos, porque se parte del presupuesto de que el ingreso al sistema de control social supone un impacto negativo para la persona.⁵²

52 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.

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 “definitivo” o de la sentencia. La “desjudicialización” llamada en inglés “*diversion*”,⁵³ según nos narra Kemelmajer fue utilizada por primera vez en un informe norteamericano de 1967 y se consagró a consecuencia del tratamiento empleado por Lemert en su ensayo “*Instead of Court. Diversion in juvenile justice*” (1971).⁵⁴ 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

- 53 Estamos hablando de *diversión* 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 “*diversión*”. 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.

- 54 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. 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.

sentencia de mérito”⁵⁵ 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*”⁵⁶

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.”⁵⁷ 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 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,

55 Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89.

56 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89.

57 KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 91.

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 autoimagen 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)⁵⁸

58 NEUMAN citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), Justicia Restaurativa, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argenti-

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 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 esta, ya me hubiera comprado otro reloj...”⁵⁹

na, 2004, p. 16.

- 59 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, N°9, p. 68.

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...*”⁶⁰

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 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 novedades⁶¹ que incorpora la reforma se encuentran los supuestos del

60 ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, ob. Cit. p. 11.

61 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

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 concurran 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.⁶²

extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos arreglarlos 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 ALVAREZ, Daniel (Compilador). Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p. 171.

- 62 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 art. 36 C.P.P.; 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.⁶³ Ortega Pinto se refiere a la técnica de conciliación como Podría pensarse que aunque el tipo penal el tipo penal sancione exclusivamente

- 63 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, op. 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, edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 159).

con pena privativa de libertad, si la calificación jurídica eventual permite el otorgamiento de una pena suspendida, pues en estos casos también sería procedente.

“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.”⁶⁴ El art. 36

64 ORTEGA PINTO, Herbert David, “La teoría del conflicto y la resolución de conflictos”. En: 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, p. 101. Sobre el tema de la conciliación véase además: FISCHER, Roger y URY, William. *Si íde acuerdo! Como negociar sin ceder*, traducción de Eloisa Vasco Montoya, Editorial Norma, Colombia, 1985, 182 p. BENAVIDES SANTOS, Diego et. al., *Ensayos de conciliación*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2003, 189 p.; WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M., *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, 117 p.; ARMIJO SANCHO, Gilbert, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Nuevo proceso penal y constitución*, 1° edición, 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 Con-*

contempla la 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...”⁶⁵ 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.⁶⁶ 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 con-

flictos, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 2000, 188 p.; ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, op. Cit.; GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. “La conciliación penal en Iberoamérica”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, noviembre, 2000, Año 12, N°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, N°16, pp. 93–101, entre tantos otros.

- 65 ORTEGA PINTO, Herbert David, “La teoría del conflicto y la resolución de conflictos”, op. Cit., p. 128.
- 66 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 C.P.P.) 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.

ciliadores deben guardar secreto de lo dicho en estas deliberaciones y sus manifestaciones carecen de todo valor probatorio.

El fiscal y el juez deberán procurar activamente un arreglo negociado entre las partes, en plano de igualdad.⁶⁷ 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

67 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 dé 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, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1988, p. 118.

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 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)”.⁶⁸ 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

68 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, N°13, p. 22.

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.”*⁶⁹ 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 en desventaja socio-económica, ni permitir que se llegue a acuerdos abusivos para una de las partes; **solo 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

69 MAIER, Julio B.J., “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, op. cit., pp. 147-148.

la suspensión condicional del procedimiento a prueba.⁷⁰ 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 delinquido 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.”*⁷¹

La reforma tiene, al igual que otras naciones del continente, como antecedente el movimiento en torno al Código Proce-

- 70 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*, op. 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*, op. Cit. p. 223.

- 71 GONZÁLEZ ALVAREZ, 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.

sal Modelo para Iberoamérica, art. 231, en el que se le denomina “suspensión del proceso a prueba”,⁷² así como la Ordenanza Procesal Penal Alemana, cuya disposición 153^a establece el “archivo del proceso en caso de cumplimiento de condiciones y mandatos”, al que denomina también “archivo condicional del procedimiento”.⁷³ 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

- 72 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 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*, op. Cit., p. 314.
- 73 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)*, op. cit., pp. 21–22 y STIPPEL, Jörg, y MARCHISIO, Adrián, (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 314.

cierto es que todo proceso se desarrolla formalmente a través de uno o varios procedimientos.⁷⁴

Los principales fines de este instrumento político criminal son: 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 art. 40 párrafo 2º C.P.P. 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

74 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).

del sistema penal.⁷⁵ En Argentina, cuyo art. 76 bis dispone también la obligación de reparar el daño causado, la doctrina procesal señala que: “Hay consenso en la doctrina respec-

- 75 “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, 1° edición, 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”, op. 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*, 2° edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, p.53). Véase además ARMILLO SANCHO, Gilbert. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Nuevo proceso penal y constitución*, 1° edición, 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)*, op. cit., pp. 53–55.

to 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”.⁷⁶

Medidas de corte similar a la suspensión condicional del proceso ya se han implantado en los ordenamientos de Argentina,⁷⁷ Brasil⁷⁸ Bolivia,⁷⁹ Chile,⁸⁰ El Salvador,⁸¹

- 76 CESANO (José Daniel), Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino, op. Cit., pp. 523–524.
- 77 Incorporado por la ley nacional N°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.
- 78 Art. 89, Ley N° 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, N°17, pp. 49–53.
- 79 Incorporado en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 1970 del 25 de marzo de 1999), artículos 21–27.
- 80 Artículos 237 y ss. del Código Procesal Penal.
- 81 Artículo 22 del Código Procesal Penal.

Guatemala,⁸² Paraguay⁸³ y Venezuela,⁸⁴ con resultados positivos.

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*”.⁸⁵ Por la similitud que presentan las condiciones impuestas

82 Artículo 27 del Código Procesal Penal.

83 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.

84 Artículos 37 al 42 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela que entró en vigencia el 1 de julio de 1999.

85 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, op. Cit., y por MAIER, Derecho..., op. 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 período 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, op. Cit., p. 36.) Nótese que la diferencia entre los dos institutos de comentario es sustancial.

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.⁸⁶ Cabe advertir entonces que por el hecho de otorgarse la suspensión del proceso, no desaparecen los elementos configurantes del delito por el cual aquella 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.

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.

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 diversión, 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.

86 En este sentido DE OLAZÁBAL (Julio), *Suspensión del proceso a prueba*, op. Cit., p. 20.

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*”.⁸⁷ 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,⁸⁸ 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 bien una garantía suficiente para cumplir con ese plan de reparación y b) una manifestación de conformidad con la suspensión, lo que implica admitir los hechos que se le atribuyen (aunque no se diga, sería oportu-

87 Cfr. al respecto op. Cit. de DE OLAZABAL, pp. 22–23.

88 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 art. 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).

no 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.⁸⁹ Por ejemplo, el artículo 293 inc. 3) C.P.P. 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,⁹⁰ por lo que todas las medidas que se tomen serán impuestas a una persona jurídicamente inocente.

89 Véase BOVINO (Alberto), La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino, op. Cit. p. 93 y ss.

90 En este sentido LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, op. Cit., p. 97.

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;⁹¹ 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;⁹² c) decisión de la víctima sobre la aceptación o rechazo de la reparación ofrecida;⁹³ d) toma de posición del fiscal sobre la procedencia de la medida;⁹⁴ e) verificados todos los requisitos, el dictado de la resolución que ordena la suspensión condicional del proceso,⁹⁵ en que se fijarán las condiciones conforme a

91 El tribunal competente para resolver sobre la suspensión es el de la etapa intermedia (art. 301.3 C.P.P.), aunque no hay claridad sobre el punto, así parece desprenderse de lo regulado por el artículo 293.3 C.P.P. y 299.3. C.P.P

92 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.

93 En el caso de que no hubiera firmado ya el acuerdo de reparación.

94 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.

95 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*

las cuales se suspende el proceso, las cuales no pueden tener un plazo menor de un año ni superior de tres;⁹⁶ si no es así debe rechazar la solicitud. Esto lo hace, conjuntamente con la aprobación o modificación del plan de reparación (el juez deberá enviar copia de la resolución a la Oficina Especializada que servirá para abrir el expediente administrativo correspondiente);⁹⁷ 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 atribuye⁹⁸ (art.

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 C.P.P. establece que durante el plazo del período 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 prejudicialidad con respecto a los imputados no beneficiados con la suspensión a prueba.

- 96 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.
- 97 Es recomendable la existencia de una oficina especializada de control administrativo para facilitar el cumplimiento de las medidas.
- 98 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*, op. 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 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*, op. 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, op. 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*, op. 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

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, más 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), 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.

el Ministerio Público tiene la facultad de asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aún en el caso de que se haya dictado la suspensión condicional del proceso (art. 289 C.P.P.), de manera que la inquietud de MAIER perdería mucha fuerza en este contexto normativo.

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.⁹⁹ 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.¹⁰⁰

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.¹⁰¹ 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.¹⁰²

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 incumpli-

99 Igual habría que interpretar que se trata de un incumplimiento de carácter esencial.

100 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 C.P.P.).

101 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)*, op. Cit., p 87.

102 GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*, op. Cit. pp. 146–147.

miento 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.¹⁰³ En cambio, si existiere otro 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

103 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, op. 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 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, op. Cit., p. 100.

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 C.P.P., 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 abreviado¹⁰⁴

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.¹⁰⁵

104 Ver artículos 363 y siguientes del CPP dominicano.

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, 1° ed.,

Su incorporación tiene como antecedente los artículos 371 y ss. del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que contempló en su regulación el procedimiento abreviado para ciertos delitos leves.¹⁰⁶

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,¹⁰⁷

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, N°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 contes-

tar (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 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, N°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 court-house 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 Publicacio-

en particular la práctica del *plea bargaining*,¹⁰⁸ que consiste en una negociación llevada a cabo entre la 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 de los hechos no implica la renuncia a la prueba sobre los

nes, 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, op. 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). Op. 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, op. Cit. p. 44.

108 Sobre este punto véase CAFFERATA NORES, José I. “Juicio Penal Abreviado”. Op. Cit. p. 5. y SALAZAR MURILLO, Ronald. El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal, op. Cit. p. 45.

hechos que se admiten, ni tampoco está permitido suprimir hechos o calificaciones legales.¹⁰⁹

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”*.¹¹⁰ A su respecto, nos advierte Luis Paulino Mora Mora:

109 SALAZAR MURILLO, Ronald. El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal, op. Cit. p. 59. En el caso del acuerdo pleno contemplado en el C.P.P., 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 C.P.P.

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, op. 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 Oportuni-

“es indudable que la disminución de garantías que conlleva ese diseño procesal hace que debemos 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”¹¹¹

Según lo que establece el código, hasta antes de que se ordene la apertura a juicio,¹¹² el Ministerio Público o la Defensa,¹¹³ pueden solicitar la aplicación del juicio abre-

dad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, op. 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 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, op. Cit. pp. 319 a la 425; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado, op. 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 C.P.P.
- 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 C.P.P.) y, en su caso, señalará audiencia para el debate sobre la pena. Cabe destacar que el artículo 366 C.P.P. establece que este procedimiento cabe “en cualquier caso”, lo que le sustrae de las limitaciones de pena y momento establecidas en el art. 363 C.P.P.

viado. El acuerdo sobre el juicio abreviado puede ser pleno o bien parcial.¹¹⁴

En el primero, cuando se trate de un hecho con pena máxima inferior a cinco años de privación de libertad,¹¹⁵ y el imputado admita el hecho¹¹⁶ (previa acreditación del consentimiento por parte del defensor), el Ministerio Público acusa¹¹⁷ indicando una pena concreta –la cual no puede superar el juez en su resolución–.¹¹⁸ Condición para que se con-

- 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. Asimismo, 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 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 necesi-

dene 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 C.P.P.).

Si se cumplen los requisitos de admisibilidad, el juez convoca a una audiencia oral para escuchar de viva voz lo manifestado por las partes,¹¹⁹ y emite la resolución que correspon-

dad de escuchar a las partes civiles (actor y demandado civil), especialmente al demandado civil, ya que si en sentencia se declara 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 C.P.P. (que le otorga al tercero demandado civil las mismas facultades de defensa que al imputado) y 363.2. del C.P.P. (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 indemnización, 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 C.P.P.).

119 En este caso especial la absolutoria no podría fundarse en la duda (Cfr. SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. 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 concurrencia de otra causa legal que motive la absolutoria,

da, absolviendo¹²⁰ o condenando¹²¹ y dictaminando sobre los intereses civiles. Lo resuelto es susceptible del recurso de apelación de conformidad con las disposiciones del C.P.P.¹²²

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.

como sería la prescripción, o una causa personal de exclusión de la pena. Asimismo, 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 procedimiento abreviado.

- 120 Esta sentencia debe cumplir de manera sucinta con los mismos requisitos que la dictada en el procedimiento ordinario y por lo tanto debe: a) fijar los hechos probados, 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.
- 122 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.

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.

Bibliografía general

- AAVV. *De los delitos y de las víctimas*, Julio B.J. Maier Compilador, Ad Hoc, 1° edición, 1992, Buenos Aires, Argentina, 316 p.
- AAVV. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Carlos Julio Lascano, director Editorial, Marcos Lerner Editora Córdoba, La Lectura libros jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001, 854 p.
- ALSINA, Hugo. *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2° edición, I parte general, Ediar, Buenos Aires, 1956, 760 p.

- 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: P.P.U, 1991. 258 p.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert. *Enfoque procesal de la Ley penal juvenil*, 1º ed., Litografía e imprenta LIL. S.A., San José, 1997.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert. *Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil*, 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Nuevo proceso penal y constitución*, 1º edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 411 p.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 1999, 691 p.
- BENAVIDES SANTOS, Diego et. al., *Ensayos de conciliación*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2003, 189 p.
- BLANCO ODIO, Alfredo. *El Derecho Procesal Penal Costarricense*, 1ª edición, Porvenir, San José, Costa Rica, 1992, 254 p.
- BOVINO, Alberto. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2001, 271 p.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Edición actualizada, corregido y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, 2001, 422 p.
- CAFFERATA NORES, José I. *Temas de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, 310 p.
- CAMPOS SALAZAR, Mayra. *La Justicia Penal Juvenil en Costa Rica*, San José, Costa Rica, 1999, 209 p.
- CAPITANT, Henry. *Vocabulario Jurídico*, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Desalma, Buenos Aires, 1973, 601 p.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1961, 516 p.
- CARRANZA, Elías (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, ILANUD, Siglo Veintiuno Editores, 1º 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*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, 282 p.
- CORTÉS COTO, Ronald. *La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1988, 132 p.
- 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, 400 p.
- 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.
- COUTURE, Eduardo J., Vocabulario Jurídico, edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, Depalma, Buenos Aires, 1976, 587 p.
- CREUS, Carlos. *Reparación del daño producido por el delito*, 1° ed., Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995, 224 p.
- DE OLAZÁBAL, Julio. *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1994, 191 p.
- 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. 207p. *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 3 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. 247p.
- GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*. 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 168 p.
- GATGENS GÓMEZ (Erick) y RODRÍGUEZ CAMPOS (Alexander), Principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal, 1° edición, Editorial Juritexto, San José, C.R. 2000, 408 p.

- GIMENO SENDRA (Vicente) *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1981.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, 8º edición, Madrid, 1975, 410 p.
- GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel (Compilador). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, 956 p.
- GONZÁLEZ ALVAREZ, 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*, 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 727 p.
- 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, 82 p.
- ISSA EL KHOURY JACOB, Henry (comp.). *Víctima y el proceso penal costarricense*, 1ª edición, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 2000, 430 p.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, 632 p.
- LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Doctrinas Generales, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, 775 p.
- LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, 2º edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, 512 p.
- MANZANARES SAMANIEGO, Jose Luis. "Oportunidad y conformidad". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. — N° V – 1992. p.27 – 50.
- MAIER, Julio B.J. y BINDER, Alberto (comps.), *El Derecho Penal de Hoy*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1995, 636 p.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., Tomo I, 2ª edición, 1996, 918 p.

- MAIER, Julio; BOBINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires:–Del Puerto, 2001. 475p.
- MARCHISIO, Adrian. *El juicio abreviado y la instrucción sumaria*. Buenos Aires: Ad–HOC, 1998. 256p.
- 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.
- MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1976.
- MUERZA ESPARZA, Julio. *El proceso penal abreviado*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2002, 291 p.
- MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. *Ejecución de la Pena*, 1° edición, CONAMAJ, San José, 2002, 248 p.
- NEUMAN, Elias. *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997. 142p.
- NINO, Carlos Santiago, y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Un debate sobre la pena*, Editorial Jurídica Continental; Buenos Aires, Argentina, INECIP, 2000, 55 p.
- ODERIGO, Mario A. *Derecho Procesal Penal*, T. I, Editorial Ideas, Buenos Aires, Argentina, 1952, 420 p.
- PESSOA, Nelson. *Fundamentos Constitucionales de la Excepción de Prisión y Excarcelación*, Hammurabi, S.R.L, 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)*, 1 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 3 septiembre de 1990.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Impresión: Mateu– Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, p. 1077.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. II, Impresión: Mateu– Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, 2133 p.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La Justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, 343p.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000.
- SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, 496 p.
- 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*, 1 ed., San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997, 186 p.
- 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*, 1° ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, 552 p.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y DÜNKEL, Frieder. *Derecho penal juvenil*, 1ª ed., Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José S.A., 2002, 642 p.
- UREÑA SALAZAR (José Joaquín), *Actividad procesal defectuosa y proceso penal*, 1° edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2004, 104 p.
- VÁSQUEZ MARTINEZ, Edmundo. *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. 1 ed., San José, Juricentro, 1992, 608 p.
- 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, 117 p.

- ZAFFARONI, E.R. (Coordinador). *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. San José (Costa Rica): Editorial Porrúa, México, 2000. 726 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales” en la obra colectiva *El Derecho penal hoy*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 1995.
- ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, 1º ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, 224 p.

REVISTAS

- ANTILLÓN MONTEALEGRE (Walter), ¿Es el proceso una relación jurídica?. En: *Ivstitia*, Año 2, N° 16, abril 1988, pp. 7–10.
- 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, N°13, pp. 19–35.
- 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, N°17, pp. 49–53.
- 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, N°9, pp. 7–16.
- 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, N°15, pp.28–34.
- 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, N°11, pp. 3–7.
- 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, N°19, pp. 97–105.
- CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. “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, N°14, pp. 97–104.
- 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, N°16, pp. 93–101.
- 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, N°15, pp. 3–15.
- GARCÍA AGUILAR, Rosaura, “Requisitos de la suspensión del proceso a prueba ante la infracción juvenil”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Año 12, N°17, Marzo, 2000, pp. 83–99.
- GARCÍA AGUILAR, Rosaura. “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, N°16, Mayo 1999, pp. 79–92
- GONZÁLEZ ALVAREZ, 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, N°7, p. 63–73.
- GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. “La conciliación penal en Iberoamérica”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 2000, Año 12, N°18., pp. 115–140.
- 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, N°10, pp. 2–8.
- 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, N° 1, octubre de 1991, pp.23–45.
- HOUED VEGA, Mario A. “La suspensión del proceso a prueba”, en publicación de la Asociación de Ciencias Penales, ps. 613 y ss., año. 2007.
- 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, N°9, pp. 65–72.

- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. “Comentarios sobre la necesidad de los mecanismos alternativos del Derecho penal”. En: *Ivstitia* Año 1, N°11, noviembre 1987, pp. 9–11.
- 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, pp. 5–22.
- SALAZAR, Alonso. “Suspensión del Procedimiento a prueba y proceso abreviado, un problema de constitucionalidad”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, N°90, Mayo–Agosto, 1999, pp. 131–145.
- 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, N°9, pp. 47–64.

DOCUMENTOS ELECTRONICOS

- 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. [Consulta 18–11–04].
- FREHSEE, Detlev. *Restitution and Offender–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: 14–12–04].
- HARTMANN, Ute I., *Victim–Offender Reconciliation with Adult Offenders in Germany* [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: 14–12–04]
- OCROSPOMA PELLA, Enrique. *La reparación penal*. [en línea] Setiembre 2002. Disponible en: 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].

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

.....

Luis Miguel Reyna Alfaro^{1}*
Director del Instituto Peruano de Política Criminal

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 N° 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 solo 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 administra-

1 * 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).

tivos sancionadores; en ese sentido, puede mencionarse el “Reglamento contra el abuso de mercado. Normas sobre uso indebido de información privilegiada y manipulación de mercado”² que en su artículo 3° 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 indiciaria* [...]”. En esa misma línea, de un modo reciente, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ha hecho pública la Resolución N° 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”.³ 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 N° 1167–2013/SDC–INDECOPI del 15 de julio de 2013⁴.

- 2 Aprobado por la Resolución de la Superintendencia del Mercado de Valores N° 0005–2012–SMV/01, publicada el 05 de marzo de 2012 [entre líneas y cursiva nuestro].
- 3 Publicada como Separata Especial de Normas Legales en el Diario Oficial “El Peruano” el 17 de setiembre de 2015.
- 4 Disponible en: 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 N° 055–2015–OEFA/TFA–SEM, del 25 de agosto de 2015 (p. 561570), se desprenden de la existencia de antecedentes de la utilización administrativo sancionadora de la prueba indiciaria por parte del INDECOPI provenientes del año 1996 [Resolución N° 1104–96–INDECOPI/TRI].

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”.⁵ 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”.⁶

II. Base legal

Conforme al artículo 158.3º 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 inferen-

- 5 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Colombia, p. 191.
- 6 SÁNCHEZ–VERA GÓMEZ–TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 197.

cia 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 presente conraindicios consistentes. Estas pautas han sido explicitadas a través del Acuerdo Plenario N° 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.⁷

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 N° 768) hace referencia, en su artículo 276°, al “indicio” y a la forma en que aquellos pueden llevar a generar convicción judicial.⁸ Esta referencia legislativa ha sido la que ha dado cobertura a la aplicación de

7 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.

8 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”.

la prueba indiciaria en el derecho administrativo sancionador.

Pero no es solo 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 individua (...)”.*⁹

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 N° 1167–2013/SDC–INDECOPI del 15 de julio de 2013 ha resaltado la importancia de la prue-

9 Citada por la Resolución N° 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, solo se indica que el pronunciamiento es del 19 de octubre de 1999 en un procedimiento contencioso administrativo seguido contra la Resolución N° 1104–96–INDECOPI/TR). [Resaltado nuestro].

ba 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 importante, a fin de garantizar la real obtención de certeza material que permita concluir sobre la imputación de responsabilidad o, finalmente, su desestimatoria”.¹⁰

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 proceso¹¹ (a saber, aquellos que determinan la concurrencia de los elementos del tipo penal).¹² Es de advertir que esta definición, aunque resalta la necesidad de una inferencia que vincule el hecho mediato con el

10 Numeral 148, p. 60 [resaltado nuestro].

11 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, tomo II, Griley, 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.

12 SÁNCHEZ- VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier. Op. Cit., p. 194.

inmediato, no desvirtúa la existencia de un procedimiento inferencial en la prueba directa.¹³

La prueba por indicios tiene tres elementos fundamentales que, examinados metodológica y secuencialmente,¹⁴ 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.¹⁵ La necesidad de la concurrencia de estos elementos es resaltada también por la doctri-

- 13 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 LA-GIER, Daniel. Op. Cit., pp. 93–94.
- 14 Es acertada, en nuestra opinión, la precisión realizada por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit., p. 34; en el sentido de que la prueba indiciaria revela un “procedimiento probatorio”.
- 15 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*, Academia de la Magistratura, segunda edición, Lima, 2009, p. 137, CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*, Paesstra, Lima, 2009, pp. 353–354; CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. “La 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.

na jurisprudencial constitucional,¹⁶ penal¹⁷ y administrativo sancionatoria.¹⁸

1. EL INDICIO O HECHO BASE.

El *indicio o hecho base*, como exige el mencionado artículo 158.3º, debe encontrarse *probado* de modo indubitable.¹⁹ Esto permite sostener que si durante el plenario este no ha

- 16 Especialmente, la STC del 13 de octubre de 2008 (Exp. N° 00728–2008–PHC/ TC) correspondiente al caso “Giuliana Llamoya Hilarres”.
- 17 Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente del 06 de septiembre de 2005 (R.N. N° 1912–2015), que constituye precedente vinculante conforme al Acuerdo Plenario N° 1–2006/CJ– 116.
- 18 Resolución N° 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 N° 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”*].
- 19 TALAVERA ELGUERA, Pablo. Op. Cit., p. 138; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 92. De allí que Cubas Villanueva destaque que el hecho indicador o hecho base es “la fuente de prueba” (CU-

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”.²⁰

Desde esta perspectiva, consideramos que el indicio debe encontrarse necesariamente probado mediante prueba directa.²¹ Postular la posibilidad de una acreditación indiciaria en cadena—²² probar indiciariamente un indicio que ser-

BAS VILLANUEVA, Víctor. “La prueba indiciaria en la Sentencia a Fujimori”, p. 227.

20 SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. Cit., p. 635.

21 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 N° 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 **estos 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).

22 En contra: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer, Trotta, Madrid, 2002, p. 276; GARCÍA CAVERO,

virá, a su vez, para probar el hecho delictivo– podría desencadenar un riesgoso curso de debilitación progresiva de la certeza como objetivo del procedimiento probatorio.²³ La idoneidad –discutible en la realidad forense– de recurrir a un procedimiento de *cascaded inferences* 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 *cascaded inferences* 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 de duda tal que haga irrazonable la adopción de su conclusión como hipótesis “verdadera” sobre el hecho intermedio”.²⁴

Percy. Op. Cit., p. 93.

- 23 Discutible, en mi opinión, resulta el recurso a meros testigos de referencia en el examen de la responsabilidad del Ex Presidente 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 07 de abril de 2009, Exp. AV N° 0019–2001, pp. 475–482 (disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a25196804c09b0aca5d1b73aa702a2d1/AV-0019-2001.PDF?MO D=AJPERES&CA CHEID=a25196804c09b0aca5d1b73aa702a2d1>).
- 24 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. Op. 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”).

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”.²⁵

La importancia del requisito de necesaria acreditación del indicio ha sido resaltada por el Acuerdo Plenario N° 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”.²⁶

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 (máxi-

25 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.

26 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit., p. 42.

mas de la experiencia y reglas de la lógica). El hecho presumido, como es evidente, es el constitutivo del delito.

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*.²⁷

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.²⁸

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 percibi-

27 Citado por: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit., p. 53; similar: GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 27.

28 SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. Cit., p. 638; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. 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 ss.; MIXÁN MASS, Florencio. *Indicio, elementos de convicción de carácter indiciario, prueba indiciaria*, Ediciones BLG, Trujillo, 2008, p. 25; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Op. Cit., p. 695; CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*, p. 353; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., 47.

da como arbitraria²⁹ 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.³⁰

IV. Los indicios contingentes

La valoración del indicio debe distinguir, asimismo, entre *indicios necesarios o unívocos* e *indicios contingentes o equívocos*. Los primeros son aquellos que solamente conducen a una determinada consecuencia, mientras que los últimos son aquellos que permiten deducir una serie variada de hechos³¹ que constituyan *causa* o *efecto* del indicio.³² De allí que se afirme que los *indicios contingentes* solo tienen fuerza probatoria en grado de probabilidad.³³

Pues bien, el mencionado artículo 158.3º 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.

29 GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 23.

30 TARUFFO, Michele. Op. Cit., p. 270.

31 TALAVERA ELGUERA, Pablo. Op. Cit., p. 141.

32 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit., p. 39.

33 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*, p. 355.

1. PLURALIDAD DE INDICIOS.

Los indicios son plurales cuando existen al menos dos indicios. Es de referir a este respecto que aunque el artículo 158.3º 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 aquellos se corroboran recíprocamente, esto es, cuando no se excluyen mutuamente y, por lo tanto, siendo compatibles entre sí³⁴ sirven para concluir en el hecho deducido.³⁵

Ahora, puede decirse que el índice de concordancia de los indicios resulta indicativo de la fortaleza de la inferencia, pues “cuanto más concuerden indicios diferentes, menos podrá considerarse esa relación como producto del azar o la casualidad”.³⁶

Uno de los efectos prácticos de este requisito de la prueba indiciaria es el de evitar que se considere acreditada una hi-

34 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit., p. 55; TALAVERA EL-GUERA, Pablo. Op. Cit., p. 142; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 98.

35 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Op. Cit., p. 697.

36 GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 99.

pótesis sobre el hecho que carezca de confirmación o no le esté suficientemente, por resultar defendibles otras hipótesis sobre el hecho.³⁷

3. CONVERGENCIA DE INDICIOS.

Los indicios son convergentes cuando ellos conducen a la misma conclusión, esto es, cuando aquellos 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.³⁸

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.³⁹ Precisamente es por esta razón que el examen y valoración de los indicios debe ser realizado de forma conjunta integral.⁴⁰

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.⁴¹ El efecto

37 TARUFFO, Michele. Op. Cit., p. 476.

38 TARUFFO, Michele. Op. Cit., p. 476.

39 GORPHE, Francois, *De la apreciación de las pruebas*, traducción de Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1955, p. 257.

40 En ese sentido, la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 07 de abril de 2009, Exp. AV N° 0019-2001, p. 569.

41 PASTOR ALCOY, Francisco. Op. Cit., p. 107; UGAZ ZEGARRA, Fernando. *La prueba en el proceso penal. Estudio introductorio*, Edicio-

natural de la existencia de algún contraindicio es el de desbaratar la estructura del caso basado en prueba indiciaria.

Los contraindicios no son sino una expresión concreta del derecho a probar del imputado que se encuentra plenamente habilitado para refutar la hipótesis incriminatoria.⁴² 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 N° 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013 ha destacado que el administrado tiene el *derecho a contraprobar los indicios*.⁴³

5. 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.

nes BLG, Lima, 2010, p. 40.

42 GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 101.

43 “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).

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”.⁴⁴ 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 prue-

44 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista, Lima, 2012, p. 34.

ba.⁴⁵ Por estas razones, cualquier propuesta contraria,⁴⁶ 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 solo 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

45 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. Op. Cit., p. 57).

46 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 Caveró 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.

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”.⁴⁷

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.⁴⁸ De modo similar, la STC peruano del 07 de abril de 2003 (Expediente N° 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 per-

47 SÁNCHEZ- VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier. Op. Cit., pp. 55-56.

48 SÁNCHEZ- VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier. Op. Cit., p. 54.

mitió justificar la imposición de la medida cautelar de detención domiciliaria.⁴⁹

- 49 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, 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.

V. 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 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”.⁵⁰

En ese sentido, aunque pueda establecerse una inferencia que conecte el hecho conocido con el desconocido, ello no

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.”

50 Ejecutoria del 19 de diciembre de 2012 (R. N° 1192-2012, Caso Abencia Meza, p. 19).

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”.⁵¹ 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”.⁵²

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*”⁵³ y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (véase STC 145/2005,

51 TARUFFO, Michele. Op. Cit., p. 472.

52 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier. Op. Cit., p. 196.

53 Citada en: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier. Op. Cit., p. 196.

del 06 de Junio)⁵⁴ 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’”.⁵⁵

VI. Trascendencia de la inferencia y de la motivación del proceso inferencial

Como se aprecia de todo lo indicado, no puede sino coincidir con SAN MARTÍN en el sentido que la prueba indiciaria es una prueba de tipo crítico y probabilística⁵⁶ 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 denotadas *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 pro-

54 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 ss.

55 Citada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. Cit., p. 196.

56 SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. Cit., p. 634; en sentido similar: CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. Op. Cit., p. 183, quien reconoce los menores márgenes de seguridad de la prueba indiciaria respecto a la prueba directa.

babilidad el que permitirá alcanzar certeza respecto al hecho deducido.⁵⁷

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 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”.⁵⁸

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 aquella.⁵⁹

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 moti-

57 En las expresiones de SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. Cit., p. 634: “La suma de probabilidades determinará la certeza”.

58 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit., p. 41; similar MIXÁN MASS, Florencio. Op. Cit., p. 20; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Op. Cit., p. 696; CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. Op. Cit., p. 184.

59 CALVO GONZÁLEZ, José. “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (sobre la prueba de los hechos disipados)”, disponible en: www.webpersonal.uma.es /JCALVO/doc/hechos, p. 06.

vación directa de la prueba indiciaria y, sobre todo, de los criterios utilizados para su valoración.⁶⁰

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”.⁶¹

A nivel administrativo sancionador la Resolución N° 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.⁶²

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

60 CALVO GONZÁLEZ, José. Op. Cit., p. 06; PASTOR ALCOY, Francisco. Op. Cit., p. 45; SÁNCHEZ–VERA GÓMEZ–TRELLES, Javier. Op. Cit., p. 200; UGAZ ZEGARRA, Fernando. Op. Cit., p. 41.

61 Ejecutoria del 19 de diciembre de 2012 (R. N° 1192–2012, Caso Abencia Meza, p. 24).

62 P. 561571.

razonamiento inferencial empleado (...) o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia”.⁶³

63 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit., p. 57.

POSIBLES APORTES DE LAS NEUROCIENCIAS A LA CONFIGURACIÓN DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

.....

Gustavo A. Arocena¹
Profesor de Derecho procesal penal,
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*

Resumen: En esta intervención, reflexionaremos acerca de las contribuciones de las neurociencias, en general, y de la neurobiología, en particular, al Derecho penal y a la configuración del tratamiento penitenciario orientado a la eficaz reinserción social del recluso. Tras ello, analizaremos específicamente las alternativas de tratamiento médico y psicológico del comportamiento agresivo del delincuente.

“A New Rehabilitation has emerged from recent scientific advances in pharmacology, genetics, and neuroscience. This New Rehabilitation differs in form from the rehabilitation that was popular prior to the 1970s. It focuses on offender behavior rather than offender character, and, as a result, is more

1 *Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Codirector del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (<http://www.ciidpe.com.ar/>).

hospitable to achieving offender reform through biochemical transformations instead of changes in offenders' characters. Recognizing science's significant role in bringing about this New Rehabilitation is essential to understanding its new character. And understanding this new character is important to determining the role that this New Rehabilitation should play in our criminal justice system. Constitutional demands of human dignity suggest that rehabilitative efforts ought to treat offenders' characters rather than just their behaviors, which may be more superficial in nature. A greater appreciation for the importance of pharmacology, genetics, and neuroscience, may help decisionmakers to shepherd this new rehabilitative movement in the right direction"

(Ryan, Meghan J., "Science and the new rehabilitation", en Legal Studies Research Paper Series, Southern Methodist University, Dedman School of Law, No. 97, 2013, p. 51).

Sumario: I. Aproximaciones generales. II. Las neurociencias y el tratamiento penitenciario. III. Recapitulación e ideas para reflexionar.

I. Aproximaciones generales

A la hora de emprender el estudio de las vinculaciones entre las neurociencias y el Derecho penal, resulta imprescindible formular algunas *estipulaciones previas*.

En este sentido, es conveniente recordar que las convenciones internacionales de derechos humanos constituciona-

lizadas por el **artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional argentina**² traen normas que consagran distintos derechos, entre los cuales se encuentra el derecho de todo recluso a que el régimen penitenciario consista en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la **reforma y la readaptación social** del condenado (artículo 10, apartado 3, P.I.DD.CC.PP.;³ artículo 5, apartado 6°, C.A.DD.HH.⁴).

Asimismo, estos tratados internacionales establecen que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la **dignidad inherente al ser humano** (artículo 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; artículo 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.).

A este conjuntos de normas se añade, finalmente, la **ley nacional argentina n° 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad** (B.O. 16/7/1996),⁵ que sienta las reglas a que debe ajustarse la ejecución de esta especie de pena, en todas sus modalidades.

Pues bien, esta ley complementaria del Código Penal establece ciertos **“Principios básicos de la ejecución”** en su **Capítulo I**, cuyo artículo 1° prescribe que la ejecución de

- 2 Mediante la regla del **artículo 75, inciso 22, C.N.** quedó zanjada la vieja discusión relativa a la **posición jerárquica** de los tratados internacionales y las leyes nacionales. Es que la reforma constitucional de 1994, además de equiparar a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la propia Constitución de la Nación, *consagró la superioridad jerárquica de los tratados respecto de las leyes*; lo hizo en los siguientes categóricos términos: *“Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”*.
- 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (O.N.U., 1966).
- 4 Convención Americana sobre Derechos Humanos –“Pacto de San José de Costa Rica” (O.E.A., 1969).
- 5 En adelante, L.E.P.P.L.

dicha especie de pena tiene por finalidad lograr que el condenado logre su **adecuada reinserción social**.

Para concluir, y acercarnos un poco más a nuestro específico objeto de estudio, es pertinente remarcar que, a partir de la interpretación sistemática de los **artículos 1°, 5° y 6° de la ley nacional n° 24.660** se extrae con meridiana claridad que uno de tales principios establece que la reinserción social del condenado debe lograrse mediante un **régimen progresivo, con un tratamiento interdisciplinario, programado e individualizado** que resulte **apropiado para la finalidad enunciada**.

El ordenamiento jurídico, pues, no se conforma con que la ejecución de la pena privativa de la libertad procure la adecuada reinserción social del condenado, sino que exige, además, que tal cometido se desarrolle **por medio de determinadas herramientas**, a saber: un **régimen penitenciario** y un **tratamiento carcelario** que reúnan determinadas condiciones.

El **régimen penitenciario** es el conjunto de normas que regulan todos los aspectos de la vida de las personas privadas de su libertad en cumplimiento de una pena; en particular, los relativos a la convivencia, la disciplina y el trabajo.

En cambio, el **tratamiento penitenciario** es el conjunto de actividades terapéutico–asistenciales que se desarrollan en el interior carcelario, que tienen por finalidad lograr la adecuada reinserción social del condenado.

Es un distingo importante, porque el ordenamiento jurídico establece que serán **obligatorias** “las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo”, y que toda otra actividad que integre el tratamiento “tendrá **carácter voluntario**” (artículo 5° L.E.P.P.L.).

La **obligatoriedad del régimen penitenciario** se justifica en la pretensión de asegurar un **desarrollo ordenado de la vida carcelaria**.

Por su lado, el carácter facultativo del **tratamiento penitenciario** se explica en la **vigencia del derecho a la dignidad personal del interno –de jerarquía constitucional: (artículo 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; artículo 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.)–**, que presupone el respeto irrestricto a su **capacidad de adoptar libremente sus propias decisiones** sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea, esto es, a su **aptitud de autodeterminarse respecto de sus propios intereses sin injerencias externas**.

Pero, además de este fundamento dogmático–jurídico de la naturaleza voluntaria del tratamiento, existe una **justificación utilitarista** –si es que cabe la expresión– de este rasgo.

En efecto, la eficacia de cualquier tratamiento penitenciario presupone, como **elemento necesario**, la **adhesión voluntaria y activa del penado** a la intervención terapéutico–asistencial de la agencia penitenciaria, esto es, su libre, genuina y, aun, colaboradora sujeción a tal injerencia estatal. Es que, cualquier cambio psicológico, cualquier cambio de comportamiento que se pretenda en el condenado sólo podrá aspirar a un grado plausible de eficacia si el recluso **asume voluntaria y decididamente** un tratamiento penitenciario dirigido a tal fin.

A este respecto, Roxin aduce que “...hasta la mejor terapia carece de sentido si el condenado no la acepta. Los esfuerzos terapéuticos **sólo pueden tener éxito si el reclu-**

so coopera voluntariamente en el desarrollo resocializador de su personalidad”.⁶

Mas esa **adhesión voluntaria** del preso al tratamiento penitenciario, para ser admitida como tal, debe ser **genuina**, esto es, producto de una decisión adoptada por el recluso con discernimiento, intención y libertad (**artículo 260 C.C.y.C.N.**⁷). Y, como es sabido, la violencia es un vicio de la voluntad, por lo que la fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto (**artículo 276 C.C.y.C.N.**).

En razón de todo ello, entonces, ha de quedar claro que las actividades terapéutico–asistenciales que conforman el tratamiento penitenciario sólo pueden implementarse en procura de la adecuada reinserción social del recluso cuando éste se somete a tal intervención de la agencia penitenciaria del Estado, por virtud de una decisión genuinamente voluntaria. La educación, el trabajo remunerado –no ya las labores generales del establecimiento carcelario–, el asesoramiento psicológico individual y la terapia de grupo, entre muchas otras actividades que integran el tratamiento penitenciario, deben continuar proveyéndose a los condenados, pero sobre una base **exclusivamente voluntaria**. No debe haber indicación alguna de que la liberación de un preso puede acelerarse debido a su participación en tales programas, ni de que puede postergarse a causa de su omisión de tomar parte.

6 V. Roxin, Claus, “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La Lectura – Lerner, Córdoba, 2001, p. 224, con negrita agregada.

7 Código Civil y Comercial de la Nación.

II. Las neurociencias y el tratamiento penitenciario

Las neurociencias tienen por objeto **conocer el funcionamiento del cerebro**.

Ante esto, parece innegable que la configuración de un tratamiento penitenciario orientado a que el recluso –una vez recuperada su libertad– opte por acomodar su comportamiento a las exigencias de la legalidad, *debe tener en cuenta los aportes que puedan llevar a cabo aquellas disciplinas*.

Lo aseverado es de tal forma, puesto que el delito es, en la concepción que nosotros defendemos, un *conflicto social* que produce una lesión jurídica, que es provocado por una decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se puede reprochar y que puede explicarse en función de “*factores de riesgo*” de delincuencia vinculados con el inicio, el mantenimiento y la finalización de la actividad delictiva;⁸ y entre estos factores de riesgo delictivo podrían ubicarse **ciertos rasgos y características biológicas que determinarían o, al menos, predispondrían al sujeto a cometer delitos**.

En esta última sede de análisis es, en definitiva, donde podrían mostrar su mayor capacidad de rendimiento las contribuciones de las neurociencias al estudio y desarrollo de

- 8 Estos “factores de riesgo” delictivo, concebidos como aquellas circunstancias que se enlazan con el inicio, el mantenimiento y la finalización de la actividad criminal de una persona, pueden ser clasificados en “**estáticos**” y “**dinámicos**”, conforme su mayor o menor posibilidad de modificación. Ejemplo de la primera categoría es la psicopatía de una persona, mientras que sus cogniciones o el consumo de drogas pueden emplazarse entre los factores dinámicos de riesgo criminal. Sobre todo esto, v. Redondo Illescas, Santiago – Andrés Pueyo, Antonio, “La psicología de la delincuencia”, en Papeles del Psicólogo, vol. 28(3), 2007, p. 149.

los tratamientos penitenciarios de reclusos. La configuración del cerebro de determinadas personas podría erigirse, según algunos postulados neurobiológicos, en “factor de riesgo” delictivo –**de carácter claramente estático**– que ayudaría a comprender la etiología del fenómeno delictivo.

Pero, incluso, en el caso de que se admitiera –*lo que nosotros no hacemos*– la proposición de las concepciones más extremas en neurociencia, debería reconocerse que el cerebro “piensa” por sí sólo, dado que la reacción que se detecta en este órgano parece ser previa a la sensación de voluntad del sujeto a la hora de ejecutar una acción; y, con esto, **el ser humano no sería responsable**. El individuo no sería más que una marioneta en manos de su cerebro, precondicionado por él mismo y sus decisiones independientes.⁹

Podrán avizorarse ya las derivaciones ulteriores de estas tesis: ante una persona determinada en sus acciones por la particular configuración de su cerebro, todo tratamiento penitenciario dirigido a lograr que el recluso adquiriera *herramientas* que le permitan desarrollar sus competencias sociales para una vida lícita y, con ello, preferir opciones de vida emplazadas en el marco de la legalidad, **no tendría ninguna justificación ni razón de ser**. Las medidas de seguridad se impondrían, pues, como alternativa única ante un tal sujeto biológicamente determinado en su comportamiento peligroso para terceros.

De cualquier manera, pensamos que la información con la que contamos demuestra que los experimentos de las neurociencias no parecen *todavía* suficientemente sólidos como para minar la creencia de sentido común de que las acciones tienen lugar por que hemos decidido realizarlas. El tiem-

9 Vid. Nieva Fenoll, Jordi, “Presentación”, en AA.VV., *Neurociencia y proceso judicial*, Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (dirs.), Marcial Pons, Madrid / Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, p. 13.

po y las nuevas indagaciones neurocientíficas nos dirán – probablemente en un futuro no muy lejano– si el *work in progress* que constituyen los estudios en estos terrenos logran superar las limitaciones de sus conclusiones actuales y consiguen acreditar científicamente la tesis de que el ser humano no actúa en forma libre y voluntaria, sino que está determinado en sus procesos de decisión por un “**potencial de preparación del cerebro**”¹⁰ que consiste en cambios eléctricos producidos en determinadas áreas cerebrales que preceden a la ejecución de una acción futura.¹¹ Conforme sostuvimos antes, si así sucediera, el Derecho penal,

- 10 La “teoría del potencial de preparación” (“*readiness potential theory*”) se basa en los experimentos realizados en la década de los ochenta del siglo pasado por Benjamin Libet, que demostraron que el instante señalado por los participantes de tales experiencias como el instante de la decisión consciente de realizar un movimiento simple como el de mover un dedo tiene lugar unos 200 milisegundos antes de la realización del mismo, es decir, más o menos 350 milisegundos después de que empezara a registrarse el “potencial de disposición”, lo que, quizás, podría significar que el cerebro había tomado la decisión “por su cuenta”, antes de que los intervinientes del experimento fueran conscientes de ella (no es ésta, sin embargo, la conclusión a la que arriba Libet, aunque sí otros investigadores de igual prestigio como, por ejemplo, Wolfgang Prinz. Sobre el tópico, v. Prinz, Wolfgang, “Freiheit oder Wissenschaft”, en AA.VV., *Freiheit des Entscheidens und Handeln. Ein Problem der nomologischen Psychologie*, Mario von Cranach y Klaus Foppa –eds.–, Heidelberg 1996, p. 99). Para una descripción del experimento hecha por el propio neurólogo estadounidense, v. Libet, Benjamin, “Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action”, en *The Behavioral and Brain Sciences* 8 (1985), pp. 529 a 539.
- 11 Nos vemos tentados a enfatizar que, en los pioneros experimentos de Libet, como así también en los más recientes de John–Dylan Haynes, no se incluía, en los sujetos involucrados, la posibilidad de realizar proceso deliberativo alguno, lo que ciertamente relativiza la importancia de sus constataciones en orden a la existencia o inexistencia de libre albedrío en el ser humano.

en particular, y el Derecho todo, en general, deberán mutar hacia algo muy distinto de lo que son hoy.

Ante esta –al menos, por ahora– provisional estrechez de las conclusiones neurobiológicas, podemos aseverar que los **aportes de las ciencias del cerebro en relación con la diagramación del tratamiento penitenciario** habrán de apreciarse, especialmente, en los siguientes ámbitos:

1. En la **determinación de las características individuales de tipo neurobiológico** que, en el caso de cada recluso singular, se erijan en **factores estáticos de riesgo delictivo**, que contribuyen al riesgo actual de inicio o mantenimiento de la actividad delictiva, pero que son de difícil o, en algunos supuestos, imposible modificación.

En este espacio, las constataciones neurobiológicas en modo alguno deben conducir a una nuda aceptación de una suerte de “manifestación *tardomoderna*” del positivismo criminológico decimonónico –y su figura del *delincuente nato* producto de características o anomalías corporales o mentales de los individuos–, sino a la identificación, por vía de exclusión, de las circunstancias que, por su carácter dinámico, **deben ser especial, específico y preponderante objeto de trabajo** de los profesionales encargados de la implementación del tratamiento carcelario orientado a la reinserción social del delincuente.

2. Pero las aportaciones de las neurociencias en orden a la diagramación del tratamiento penitenciario se muestran útiles también en la **acreditación de casos de personas con daños cerebrales** que no han tenido incidencia alguna en la capacidad de culpabilidad del sujeto, pero no obstante **han influido en la generación de comportamientos violentos, sádicos, sexualmente desviados o equivalentes a estos.**

En esta dirección, es dable afirmar que, si existe evidencia científica que compruebe acabadamente que hay relación entre déficits neurológicos y perpetración de delitos –o, al menos, de *cierta clase* de delitos–, parecería en principio razonable que se indague sobre las posibilidades de las injerencias neurológicas para remover las causas de esa índole que inciden en la aparición de conductas como las mencionadas.

Con todo, esta posibilidad ha de colisionar con atendibles objeciones, no sólo de corte jurídico (como la que hemos adelantado al hacer referencia a los riesgos de lesión al principio de autodeterminación y al derecho a la dignidad de la persona), sino también de tipo “empírico”, derivados de un tratamiento neurológico que pueda *modificar la estructura cerebral del delincuente*.

III. Recapitulación e ideas para reflexionar

Puesto que el breve espacio para este texto no permite otra cosa, déjesenos resumir un conjunto de ideas fundamentales para reflexionar en torno al tópico de nuestra intervención.

1. Ha de partirse, necesariamente, y como hemos visto, del convencimiento de que no es posible concebir, ni jurídica ni técnicamente, un tratamiento penitenciario que no cuente con la libre aceptación del recluso. Y debe admitirse, también, que las aportaciones de las neurociencias no pueden ser absolutamente soslayadas a la hora de configurar un tratamiento penitenciario orientado a que el recluso –una vez recuperada su libertad– opte por acomodar su comportamiento a las exigencias de la legalidad.

2. Sentado esto, diremos que, mientras –como hasta hoy– resulte insuficiente la evidencia científica que demuestre acabadamente que el cerebro “piensa” por sí sólo, los aportes de las ciencias del cerebro en relación con la diagramación del tratamiento penitenciario habrán de apreciarse, es-

pecialmente, en los siguientes ámbitos, a los que antes nos hemos referido:

a. La determinación de las características individuales de tipo neurobiológico que, en el caso de cada recluso singular, se erijan en **factores estáticos de riesgo delictivo**, que contribuyen al riesgo actual de inicio o mantenimiento de la actividad delictiva, pero que son de difícil o, en algunos supuestos, imposible modificación.

El descubrimiento de los rasgos específicos de la configuración neurobiológica del individuo posibilitara que el tratamiento penitenciario se centre adecuadamente en aquéllos aspectos, **que justamente son las aristas distintas de los aspectos concernientes a la particular disposición cerebral de cada ser humano**, susceptibles –atento su carácter “dinámico” o *sustancialmente modificable*– de beneficiarse con una injerencia estatal adecuada para reducir la vulnerabilidad de un individuo que culminó en su prisionización por la comisión reprochable de un hecho delictivo.¹²

Los tratamientos penitenciarios, en lo que a su componente psicológico se refiere, consisten en actividades cuyo objetivo es reducir los factores de riesgo dinámicos que se aso-

12 Con referencia a la eventual existencia de rasgos del cerebro del delincuente que determinan su conducta antisocial, cabe señalar que los neurocientíficos, partiendo de la premisa de que el hombre se encuentra biológicamente determinado, proponen el control del delito a través del *tratamiento neurológico*; pero éste, como veremos luego en el texto principal, es pasible de consistentes reproches, entre los que se encuentra, como objeción “de partida”, la aparentemente ineludible falta de legitimidad de la posibilidad de que el Estado imponga intervenciones de tales características en contra de la voluntad de personas “autónomas”. La vulneración al “principio de autodeterminación” del ser humano, derivado de la “regla de reserva” del artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina, parecería palmaria en esta hipótesis.

cian a la actividad delictiva, entendida esta como fenómeno complejo, multicausal y, por ello, necesitado de múltiples y diversas intervenciones. Ahora bien, es dable aseverar que la actividad delictiva se origina y se mantiene por diversas circunstancias, entre las cuales se incluyen, *no sólo posibles rasgos biológicos* (p. ej., baja actividad del lóbulo frontal), sino también, y acaso especialmente, la **interacción del sujeto con el contexto, la ruptura de sus vínculos sociales y su vulnerabilidad.**

En este sentido, corresponde subrayar que una elemental caracterización de dicho **estereotipo del sujeto cuya desmañada comisión de delitos** –que se evidencia en la importante cantidad de hechos sorprendidos en flagrancia– **lo lleva a la condena y, con ésta, a la cárcel** puede extraerse de los informes correspondientes a las estadísticas oficiales en materia de criminalidad y funcionamiento del sistema de justicia de la República Argentina, de las que surge que tal arquetipo puede sintetizarse en el perfil de un **hombre joven, soltero, con escasa instrucción, desocupado y sin capacitación laboral, que comete delitos contra la propiedad**, en su mayoría, robos, hurtos o conatos de estos ilícitos, y que está emplazado en el grupo de la población **pobre o indigente.**

Ante este estado de cosas, las alternativas de tratamiento penitenciario que *a priori* se muestran más adecuadas o, si se quiere, con mayor idoneidad potencial para procurar la adecuada reinserción social del condenado son los **modelos cognitivo–conductuales, de aprendizaje social y cognitivo–sociales**, en los que la finalidad de la injerencia de los servicios penitenciarios es entrenar a individuos con déficits en habilidades, cogniciones y emociones prosociales, en competencias imprescindibles para la vida social. Este entrenamiento en herramientas indispensables para la inserción legal del condenado en el ambiente social se lleva a cabo por medio de estrategias tales como, por ejemplo,

el desarrollo de nuevas habilidades, el desarrollo del pensamiento, la regulación emocional y el control de la ira. También el modelado de conductas alternativas, la discusión de dilemas, el desarrollo de autoeficacia en respuestas asertivas en lugar de agresivas, y el entrenamiento atribucional sobre claves sociales. En orden al desarrollo de nuevas habilidades, parece evidente que el arquetipo de las personas alojadas en las cárceles argentinas demanda que el tratamiento ofrezca a esos jóvenes con escasa instrucción, desocupados y sin capacitación laboral **instrumentos eficientes para su propia emancipación y preparación para la vida lícita en contexto de libertad**; y las características de los reclusos que acaban de citarse aportan “buenas razones” para sostener que, para estas personas, las herramientas apropiadas para su reinserción social vienen dadas por proceso de formación de su personalidad que comprende la **instrucción del individuo** y su **capacitación laboral**; ellas le permitirán contar con herramientas prosociales para ser “competentes” en el tráfico social y laboral—. Sin perjuicio de todo esto, también resulta imprescindible que el condenado aprenda **nuevas habilidades y hábitos de comunicación no violenta, de responsabilidad familiar y laboral, y de motivación de logro personal**, entre otros, los que sentarán las *bases para que el recluso advierta la utilidad del tratamiento y acepte el cambio que se quiere alcanzar con el mismo*.

Por otro lado, es claro que el estereotipo de persona cuya torpe comisión de delitos la lleva a la cárcel *no se agota* en estos **hombres jóvenes que cometen delitos contra la propiedad**, a los que antes nos hemos referidos, o, incluso, en sujetos temerarios o que cometen delitos por convicción. Estos mismos individuos de sexo masculino, solteros, poco instruidos, sin ocupación ni capacitación laboral llenan, en las estadísticas, un importante lugar en tanto autores de delitos contra las personas y delitos contra

la integridad sexual. De aquí que aspectos tales como, por ejemplo, los **componentes compatibles con los trastornos de personalidad psicopáticos de tipo antisocial, límite o paranoide**, o con la **perversidad o la estructuración parafilica del psiquismo del sujeto**, materializan aristas a tener particularmente en cuenta a la hora de desentrañar –para el diseño de un tratamiento penitenciario adecuado a las mismas– las causas que hacen que el poder punitivo se concrete en vinculación con una persona determinada.

b. En segundo lugar, las aportaciones de las neurociencias en orden a la diagramación del tratamiento penitenciario se muestran útiles también en la acreditación de casos de personas con daños cerebrales que no han tenido incidencia alguna en la capacidad de culpabilidad del sujeto, pero no obstante **han influido en la generación de comportamientos violentos, sádicos, sexualmente desviados o equivalentes a estos.**

i. A título preliminar, corresponde subrayar que **no deben descartarse las técnicas cognitivo–conductuales –ni los modelos de aprendizaje social, ni los modelos cognitivo–sociales–** para el universo de casos que ahora examinamos, pues también el tratamiento de la hétero – agresión o la perversión en personas con lesiones cerebrales responde positivamente a este tipo de estrategias. Es que, aun cuando los individuos con un mayor riesgo en factores estáticos (históricos y personales, no modificables) requieren intervenciones más intensivas, el comportamiento violento, sádico o perverso de personas con lesiones cerebrales – pero capaces de comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones– no parece nunca impulsado *únicamente* por tales daños anatómicos, sino también por elementos dinámicos de riesgo criminal cuyo abordaje **reduce la “idoneidad criminógena”** (*sit venia verbo*) **de aquéllos.** El daño sufrido en el córtex prefrontal del cerebro **predispone pero no determina totalmente** a la persona a cometer

actos delictivos, conforme lo prueba el hecho de que existen sujetos que tienen esa zona lesionada, mas no han cometido ningún delito. De tal suerte, en estas hipótesis, el trabajo sobre distorsiones cognitivas, el desarrollo de la empatía con las víctimas, la mejora de la capacidad de relación personal, la disminución de actitudes y preferencias sexuales hacia la agresión o hacia los niños, la prevención de recaídas, el autorregistro de emociones de ira, la desensibilización sistemática y la relajación, el modelado de comportamientos no violentos, el reforzamiento de respuestas no violentas, el entrenamiento en comunicación y la reestructuración cognitiva de creencias sexistas y justificadoras de la violencia constituyen **ingredientes terapéuticos eficaces para limitar el “catálogo” general de factores de riesgo de una persona violenta, sádica o perversa**, e incluso limitar, como sostuvimos en el párrafo precedente, la incidencia criminógena del daño en el cerebro del sujeto.

Por lo demás, el valor de dichas técnicas para estos supuestos se extrae igualmente de una circunstancia que debe ser mencionada, a saber: la neurociencia no nos puede decir que el cerebro piensa, cree, sabe, tiene la intención o toma decisiones; las personas en su conjunto son los objetos de aplicación de tales conceptos. Y las personas no sólo poseen un funcionamiento cerebral determinado, sino también **procesos deliberativos** que le permiten **escoger entre distintas alternativas en función de complejos juicios morales, valorativos o de índole equivalente**. De aquí que la naturaleza de la subjetiva y la conciencia *deben interpretarse y explicarse incluyendo*, además de los datos biológicos o naturales, **los elementos sociales y culturales en los aquéllas se apoyan**, o sea, datos de carácter intersubjetivo.

ii. Los daños cerebrales a los que nos referimos en el apartado precedente son las llamadas **“lesiones limitadas”**, o sea, lesiones ubicadas en zonas particulares y exactamente localizadas de la corteza cerebral, que **no tienen incidencia**

en la disminución de la imputabilidad penal, pero sí en la generación del comportamiento agresivo.

Sin perjuicio de que las lesiones limitadas pueden producirse en uno u otro de los cuatro lóbulos del cerebro, nuestra atención descansa específicamente en los daños localizados **en los lóbulos frontales**, porque estas lesiones **tienen una influencia profunda en la personalidad del sujeto**. Las personas que padecen lesiones en el córtex prefrontal tienen dificultades a la hora de estabilizar su conducta, careciendo de un propósito general en sus acciones. Se producen en estos individuos **fallas en las respuestas afectivas y emocionales al momento de adecuarse a las situaciones ambientales**, probablemente como consecuencia de una pérdida de la influencia moduladora ejercida por el neocórtex sobre los mecanismos límbicos –a través del lóbulo frontal–, y aquéllos usualmente exhiben drásticos cambios de humor y carácter, como euforia y falta de iniciativa. Nos detenemos en estos casos, en definitiva, porque las lesiones en los lóbulos frontales de una persona **afectan el centro de toma de decisiones**, que además aporta la comprensión fundamental para que sintamos por nosotros mismos y tengamos empatía con otros, y la **capacidad de elegir – en función de emociones y razones– las opciones más favorables para nuestra supervivencia social** en una comunidad jurídicamente organizada. Y hay *buenas razones*, e **incluso estudios de campos que así lo demuestran**, para hallar en los daños de los lóbulos frontales de un sujeto factores determinantes o condicionantes, no sólo de su comportamiento social *genéricamente errático*, sino conductas agresivas, violentas o sádicas.

Junto a estos déficits cerebrales pueden apreciarse asimismo **modificaciones físicas evidentes que afectan sobre todo a los neuromoduladores dopamina y serotonina**, que **juegan un papel muy importante en el control de los impulsos**. Si bien los déficits en el sistema de la sero-

tonina están condicionados en buena medida genéticamente, también pueden resultar de influencias negativas del entorno de carácter muy variado desde la etapa previa al nacimiento (abandono, violencia, abusos, etc.).

Causas de la agresividad desde esta perspectiva pueden ser, en primer lugar, un déficit afectivo-emocional primario, que conduce a una valoración errónea de los sucesos del entorno, y en segundo lugar, un sentimiento de amenaza e inseguridad como consecuencia del aislamiento social en la infancia. Se advierte, en definitiva, la identificación de factores tanto biológicos como *externos* a la configuración cerebral de las personas o *ambientales* –*sit venia verbo*–, que condicionan la conducta agresiva o sexualmente antisocial. No reparar en uno u otro de estos aspectos nos haría incurrir en el yerro de una posible “antropología omnicomprensiva” que hace que importantes factores psíquicos, sociales y culturales que contribuyen a condicionar los fenómenos psicocerebrales queden fuera de nuestra consideración.

iii. El tratamiento neurológico que, *conjuntamente* con las terapias cognitivas o de aprendizaje social, puede resultar idóneo para tratar estas lesiones cerebrales con influencia en el comportamiento hétero-agresivo de un ser humano, debe hallarse teniendo siempre en cuenta el “programa constitucional” de la ejecución de la pena privativa de la libertad que rige en nuestro país, **en cuanto exige que la realización del encierro carcelario persiga una finalidad preventivo especial positiva y que lo haga respetando la dignidad del recluso.**

En función de esto, parece posible pensar en la admisibilidad de **intervenciones psicofarmacológicas** para tratar la agresividad del condenado. Esto lo afirmamos reparando más en **los aspectos bioquímicos del comportamiento antisocial agresivo**, que en la anatomía del cerebro –*de una persona con daños en la corteza prefrontal o cualquier otro sector*

decisivo en la toma de decisiones morales y sociales, o incluso de un sujeto sin una estructura cerebral lesionada–, la “neurogenética” de la agresión o los factores ambientales condicionantes. Es que, en general, las investigaciones experimentales indican que la **disminución de la serotonina aumenta la conducta agresiva**, a la vez que el **incremento de serotonina disminuye esta clase de comportamiento**.

Con solidez científica, Gallardo–Pujol, Forero, Maydeu–Olivares y Andrés–Pueyo señalan: “...a pesar de los espectaculares avances que se han producido recientemente en las técnicas de neuroimagen, se precisan también aproximaciones complementarias para el estudio del cerebro de los sujetos violentos para apreciar no sólo cómo son estructuralmente, sino para ver **cómo funcionan bioquímicamente**. En este sentido, sobresalen los estudios de Virkunen *et al*, quienes relacionaron la función serotoninérgica con trastornos relacionados con el control de los impulsos (...). Con posterioridad, el grupo de Coccaro ha relacionado con bastante éxito la función serotoninérgica con comportamientos del espectro antisocial (...), como por ejemplo la agresión impulsiva. La serotonina (5–HT) no ha sido el único neurotransmisor implicado en el comportamiento antisocial, aunque sí el más importante. Concretamente, se ha demostrado que niveles bajos de 5–HT se asocian a niveles más elevados de impulsividad y agresividad, e incluso las manipulaciones que reducen los niveles de 5–HT incrementan posteriormente los niveles de impulsividad y agresividad (...).

“También se han visto implicados otros neurotransmisores, como la dopamina. Así, parece que el comportamiento agresivo requiere que las neuronas dopaminérgicas mesocorticolímbicas permanezcan intactas (...), aunque estas neuronas también están implicadas en aspectos motivacionales en otros comportamientos. El ácido γ –aminobutírico (GABA), la noradrenalina, el óxido nítrico o la monoaminoxidasa

(MAO), entre otros, se han relacionado de una forma u otra con aspectos del comportamiento antisocial (...)”.¹³

En función de esto, es dable postular la admisibilidad, acaso conveniencia,¹⁴ de incluir, **dentro del tratamiento penitenciario que voluntariamente acepte realizar el recluso** condenado por la comisión dolosa de un delito violento, **intervenciones psicofarmacológicas** que se valgan de sustancias que, como por ejemplo la fluoxetina, inhiben la recaptación de serotonina (que incrementa sus niveles), mediante una clara y comprobada acción antiagresiva en sujetos con conducta violenta e impulsiva.

Con todo, la finalidad preventivo especial positiva que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la ejecución de la pena privativa de la libertad y, más aun, el principio constitucional de respeto a la dignidad personal del interno demandan que **dicha aceptación voluntaria del tratamiento carcelario** se exprese, en específica relación con esta clase de terapias farmacológicas, **a través de un consentimiento libre e informado**, que el individuo deberá prestar expre-

13 Cfr. Gallardo-Pujol, D. – Forero, C.G. – Maydeu-Olivares, A. – Andrés-Pueyo, A., “Desarrollo del comportamiento antisocial: factores psicobiológicos, ambientales e interacciones genotipo-ambiente”, en *Revista de Neurología*, 2009; 48 (4), p. 193.

14 En esta orientación, ya hay autores que, desde la neuroética, aseguran que los avances neurocientíficos **pueden tener un destacado papel en el ámbito jurídico**, mediante el uso –al que nos venimos refiriendo en el texto principal, y cuyo posible empleo siempre *lo subordinamos a la legitimidad derivada del respeto irrestricto a los límites materiales* (resocialización del recluso como fin de la pena, respeto a la dignidad del condenado y consideración de este como verdadero sujeto de derecho, entre otros) que *definen* la ejecución de la pena en nuestro ordenamiento jurídico– **de técnicas o neurofármacos como medidas asociadas a la pena o a la rehabilitación de transgresores** (cfr. Capó, Miguel *et al*, “Neuroética. Derecho y neurociencia”, en *Ludus Vitalis*, vol. XIV, n° 25, 2006, p. 173).

samente luego de haber sido impuesto de los efectos, posibles reacciones colaterales y todo otro aspecto relevante de las mismas, como así también de la absoluta e incondicionada facultad de retirar su conformidad cuando lo estime pertinente.

Por lo demás, es evidente que la legitimidad del tratamiento neurológico farmacológico para la remoción de las determinantes neurológicas del comportamiento agresivo **se encuentra absolutamente subordinada a la existencia de evidencia científica suficiente en orden a las sustancias que se pretendan utilizar**, su composición, sus efectos, sus posibles derivaciones colaterales, sus contraindicaciones y toda otra información de trascendencia.

Para quien pueda pensar que este tipo de injerencia farmacológica resulta más **agresiva** o, si quiere, más **invasiva** que las técnicas cognitivo–conductuales, del aprendizaje social o cognitivo–sociales, diremos que se trata de un posible reproche carente de sustento. Lo afirmado es de tal forma, porque **no sólo los tratamientos neurológicos de índole farmacológica** inciden en el **funcionamiento –e incluso la estructura– del cerebro**, sino que **también las terapias cognitivas tienen ese efecto**. Sea una u otra de estas alternativas terapéuticas la que se utilice, si ella resulta eficaz y consigue el efecto de resocialización es porque a través del tratamiento se ha conseguido modificar las conexiones neuronales –las estructuras cerebrales–, y ello a través de modificaciones bioquímicas en el propio cerebro; solo así se modifican las pautas de conducta del individuo.¹⁵

15 Vid. Pérez Manzano, Mercedes, “Fundamentos y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”, en InDret, Barcelona, abril de 2011, p. 30. En el mismo texto, la jurista española añade: “La diferencia reside en que las terapias psicológicas y educativas tradicionales parecen seguir un método indirecto y más lento de incidencia en el cerebro que los tratamien-

Esto es así, como vimos, en razón de los efectos que tiene la adversidad ambiental sobre el desarrollo del comportamiento antisocial: los factores ambientales –insistimos– interactúan con los genéticos, transformándolos, e inciden conjuntamente en la variabilidad de la agresividad y de los trastornos de conducta de los seres humanos. Se trata, en síntesis, de la comprobada relación directa entre el efecto del entorno en combinación con determinados genes, a los que aquél modifica, influyendo en la generación de conductas antisociales agresivas o violentas.

iv. En específica vinculación con los casos de sujetos cuya agresividad responde a **lesiones cerebrales en el córtex prefrontal**, conviene añadir que existen estudios que comprueban contundentemente que no sólo **psicofármacos antidepresivos o anticonvulsionantes** como la citada fluoxetina (u otros como, por ejemplo, la sertralina, la fluvoxamina o el citalopram) poseen certificada **acción antiagresiva**. También producen este efecto los **ansiolíticos** como, verbi gratia, la benzodiacepina. Sin lugar a dudas que corresponderá a la ciencia trabajar sobre *protocolos de comprobación de resultados de los efectos de los distintos psicofármacos* que se muestren consistentemente sustentados por evidencia efectiva y confiable, y se amplíe así el listado de sustancias

tos neurológicos más modernos, de modo que éstos pueden ser más aflictivos y acabar afectando la identidad personal. Ni la velocidad con la que se produce el efecto deseado ni el carácter directo de su incidencia en el cerebro convierte en ilegítimos los tratamientos neurológicos, sólo los hace más peligrosos si sus efectos fueran negativos o afectan a la propia identidad personal; por ello se ha de exigir un mayor control por la comunidad científica para admitir que los tratamientos han sido contrastados de forma suficiente y un mayor control por las instituciones jurídicas en la autorización de las terapias individuales como respuesta al delito” (cfr. Pérez Manzano, “Fundamentos y fines del Derecho penal”, pp. 30 y 31).

que puedan ofrecerse al recluso que libre e informadamente consienta que se le suministren agentes que incidan positivamente sobre los **determinantes bioquímicos de la conducta antisocial agresiva**.

3. Para culminar, diremos que, para nosotros, la diagramación de un sistema de justicia penal, e incluso de un programa de ejecución de la pena privativa de la libertad orientada a lograr la adecuada reinserción social del delincuente, no debe, a esta altura del desarrollo de los conocimientos *multidisciplinarios*, evitar acriticamente que se conjuguen las aportaciones de los neurocientíficos con las de los psicólogos, los investigadores clínicos y los científicos sociales, con el objetivo de que el jurista construya una dogmática penal que no prescinda de una estructura conceptual de las interacciones entre el cerebro, el comportamiento y el contexto social, que llegue a tener impacto en la ley, en la política social y también en el campo del funcionamiento de la administración de justicia criminal.¹⁶

16 V., *mutatis mutandis*, Pozuelo Pérez, Laura, “Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad”, en InDret, Barcelona, abril de 2015, p. 21.

ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL¹

.....

*Ana Paola Hall García*²
Profesora de Derecho penal e Investigadora
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Derecho penal y minoría de edad. IV. Sistemas de determinación. V. Límite de edad. VI. Modelo de justicia de menores. VII. Valoración general. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

La complejidad del estudio de la delincuencia juvenil radica en los conflictos sociales, pedagógicos, morales, de seguridad ciudadana y jurídicos que se ponen de relieve. No puede obviarse que la delincuencia guarda relación con los

- 1 El presente documento corresponde a la transcripción de la Ponencia impartida en la I Jornada Internacional de Derecho penal y procesal penal, en el marco de la clausura de la III Edición de la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal, impartida por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua (INEJ) y la Corte Suprema de Justicia de Panamá, marzo 2016.
- 2 Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Grado de la misma Universidad y Premio Extraordinario por mejor tesina extranjera. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Autora de publicaciones varias a nivel nacional e internacional. Asistente del Fiscal General de la República de Honduras.

procesos de inadaptación social, factores como exclusión social, carencias económicas, culturales, afectivas, influyen en la conducta inadaptada de las personas, sobre todo si se encuentran en plena etapa de desarrollo. Paradójicamente, en la mayoría de los casos, estos problemas sólo se detectan cuando se infringen las normas jurídico penales.

La respuesta sociedad ante esta realidad es compleja; pues, se trata de un tema extremadamente sensible, que despierta las reacciones más diversas. De un lado, un sector minoritario defiende la idea que se trata de un problema social que, más allá de programas represivos, requiere prevención. De otro lado, la mayoría suele exigir que se les aplique todo el rigor de la ley.

Bajo el argumento de: “cada vez aprenden más pronto a delinquir”, en su generalidad, la sociedad reclama respuestas jurídicas cada vez más duras para los menores infractores. En alguna medida, ello se relaciona con la convicción social de que basta alejar al menor del resto de la sociedad para que ésta vuelva a su orden habitual. El concepto de seguridad ciudadana se vincula al refuerzo del sistema represivo, no preventivo. La sociedad termina por entender erróneamente que la solución al problema de la delincuencia juvenil es aumentar el rigor del sistema penal. Ejemplo de ello, es en Honduras, la tendencia de identificar violencia social con maras (olvidando que la mara no es la única forma de delincuencia social); y la creencia de que los menores, son quienes más hechos delictivos cometen.

Como puede verse, la responsabilidad penal juvenil es un tema polémico y en buena medida, sin resolver: Educación y sanción, protección al menor o seguridad ciudadana, son asuntos que han estado y posiblemente seguirán en pugna, lo que plantea un reto al momento de abordar el tema.

Si algo puede afirmarse, sin duda, es que en materia de menores no hubo ni hay nada resuelto, por lo que en esta conferencia no pretendo centrarme en el análisis de la normativa vigente, sino más bien plantear una reflexión sobre los puntos básicos que han generado discusión, tales como la inimputabilidad del menor, el límite de edad, los sistemas para determinar la edad y luego una valoración general del sistema de responsabilidad penal juvenil.

II. Antecedentes

Actualmente, se considera que los menores de edad merecen especial consideración ante el Derecho. La afirmación anterior ha sido el resultado de un proceso histórico, pues hasta hace algún tiempo, los niños han pasado desapercibidos para las ciencias humanas.

Hasta el Siglo IV d.C., la cultura grecorromana no condenaba el infanticidio. La Antigua Roma, atribuía la patria potestad al pater familias, lo que le permitía aceptar o rechazar al hijo.

La aparición del cristianismo hizo que el Estado perdiera sus poderes sobre el niño, lo que les otorgó más responsabilidad a los padres. La obligación de alimentar a sus hijos, se entendía como el cumplimiento de un mandato divino. El cristianismo, también logró que el asesinato de niños se considerara delito en las leyes romanas hacia el año 374 d.C. Aunque tal prohibición sólo se entendía como algo necesario para salvar las almas de los padres (y no para proteger la vida del niño).

En la Edad Media se retrocedió al considerar a los niños como propiedad privada de los padres.

La dureza de las condiciones de vida fue una de las razones que generó la brutalidad de las costumbres y el alto índi-

ce de mortalidad infantil. Lo anterior, impedía a los padres crear un vínculo afectivo con sus hijos y esto influía en la ausencia de atención por el niño.

Los siglos XII y XIV señalan el despertar de una nueva idea de la infancia. Ello porque la educación empezó a gestar un cambio de mentalidad respecto del niño. Sin embargo, la idea medieval de que los niños no eran demasiado importantes subsistió durante los siglos XV y XVI. No es sino hasta el siglo XVIII que con los avances de la Medicina, se logra disminuir la tasa de fallecimientos de los niños y surge el interés por satisfacer sus necesidades básicas de educación. Es en este momento cuando los educadores y científicos comienzan a idear formas de estudiar las condiciones especiales del niño.

Durante el siglo XIX el fenómeno de la Revolución Industrial dio origen a un crecimiento de desigualdad, miseria y explotación. Ello hizo surgir la amenaza de la rebelión. La clase burguesa sintió temor de la plebe y convirtió la escuela en un espacio específico, donde el niño de la plebe se controlaba con normas sanitarias, morales y psicopedagógicas. El aprendizaje llegó a ser como una cuarentena que cada vez se ampliaba más, antes que al niño se le permitiera incorporarse a la vida adulta.

Aproximadamente en la segunda mitad de Siglo XIX, nace el movimiento de salvadores. Su liderazgo fue asumido, sobre todo, por mujeres de la burguesía. Con propósitos filantrópicos y misericordiosos pretendía reformar al niño que pudiera desviarse de las normas. Pero, en realidad, su fin era controlar la infancia peligrosa que se les escapaba de las manos. Por eso, se ha dicho que los orígenes de la delincuencia de menores deben buscarse en esos salvadores del niño, que descubrieron en la pobreza y la miseria, la existencia de portadores de modelos de delincuencia. No

en vano autores como PLATT los denunciaba como los inventores de la delincuencia.

A esas alturas, la infancia ya era considerada como una categoría específica, y esto posibilitó el nacimiento de la Pedagogía, la Pediatría y la Psicología. El siglo XX, fue el padre de una Ciencia que tuvo gran trascendencia en la consolidación de la nueva mentalidad con que se trató al niño: el Psicoanálisis. Sin embargo, fue gracias al nacimiento de la Psicología evolutiva, que comenzó a estudiarse las etapas de desarrollo del ser humano. Así, el concepto de la infancia como una etapa de la vida que condiciona el futuro, con aspectos especiales y características propias, es relativamente nuevo.

Hacia la última mitad del siglo XIX y durante las primeras décadas del siglo XX, los Estados incorporaron a sus legislaciones leyes de protección y regulación de la infancia. Se trataba de leyes que buscaban la reforma de los niños des-cariados, o que estipulaban condiciones para proteger a la infancia desvalida.

A inicios del siglo XX, a nivel mundial los legisladores comenzaron a incorporar los criterios protectores en leyes de protección y regulación de la infancia. El Primer Tribunal Tutelar de menores surgió en 1899, en Chicago. Hasta entonces hemos de remontarnos, para hallar por primera vez, el concepto de delincuencia juvenil como algo distinto de la delincuencia adulta.

Como todos sabemos, el siglo XX fue testigo de dos guerras mundiales. La niñez, se vio afectada y de estas terribles experiencias nació el objetivo humanitario y jurídico de protegerla más allá del ámbito nacional de cada Estado.

La preocupación por los niños a nivel internacional, comenzó una vez finalizada la Primera Guerra Mundial, con la creación de la Sociedad de Naciones. Así, con la finalidad

de evitar que los niños padecieran aún más las consecuencias de la Guerra, nació la Primera Declaración de Derechos del Niño de 1924. Esta declaración se limitaba a enunciar una serie de deberes básicos que la humanidad tenía que asumir con respecto a la infancia.

Como es sabido, la labor de la Sociedad de Naciones fue interrumpida por la Segunda Guerra Mundial, que trajo consigo la necesidad de crear nuevos organismos, a fin de replantearse la defensa de los Derechos Humanos. De esta forma se constituyeron las Naciones Unidas que, en 1948, realizaron la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Las tragedias desencadenadas por la Guerra, hicieron que resurgiera la preocupación por los niños: era necesario crear un nuevo texto que recogiera sus derechos, pues con la desaparición de la Sociedad de Naciones, el contenido y desarrollo de la Declaración de 1924, quedó vacío.

El Proyecto de Declaración de Derechos del niño, fue aprobado en 1959. Desde ese momento, surgieron varios instrumentos que otorgaron un trato específico a la niñez. Sin embargo, no eran determinantes en lo que se refiere a la protección de esos derechos. Con el propósito de subsanar el problema de la eficacia formal, comenzó un largo proceso de elaboración de convenios con capacidad de obligar a los Estados a modificar su legislación interna e incorporar los derechos garantizados en el texto de dichos convenios. Con este fin, en noviembre de 1989, se presentó el Proyecto de Convención de Derechos del Niño. Si el plazo de suscripción comenzaba el 26 de enero, en una respuesta sin precedentes, esa misma fecha firmaron sesenta y un países.

III. Derecho penal y minoría de edad

Sabemos que el Estado, como órgano regulador de libertades, debe prevenir y controlar las conductas que alteran el orden social. Para ello, se ha valido de algunos instrumentos, como el Derecho Penal. En el caso de los menores infractores, su relación con el Derecho Penal ha sido regulada de diferentes formas. Dentro de esas modalidades, los puntos conflictivos han sido: la consideración de los menores como inimputables, el límite de la minoría de edad, la forma de determinación de dicho límite y el sistema de justicia más conveniente.

Muy brevemente, abordaremos cada uno de dichos puntos.

3.1. INIMPUTABILIDAD

Desde una orientación jurídicopenal, la doctrina mayoritaria acepta, con diversas variaciones, que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad y la inimputabilidad, su ausencia.

Para analizar estos conceptos, debe tenerse en cuenta que imputabilidad e inimputabilidad han sido temas poco discutidos a través de la historia de la Ciencia penal (no en vano Frank afirmó que la imputabilidad era el “fantasma errante de la teoría del delito”). Otro factor a tomar en cuenta es que se trata de conceptos ligados profundamente a ciencias ajenas a nuestra disciplina (medicina, psicología, psiquiatría, sociología, etc.). Por ello, si el penalista ha tenido tantas dificultades para estudiar la imputabilidad dentro de su ámbito, pensemos lo que ocurre cuando se encuentra en un campo que no controla.

Por todas estas razones, la discusión sobre la imputabilidad sigue moviéndose en torno a la vieja polémica del libre albedrío que iniciaron las Escuelas Clásica y Positivista.

La doctrina dominante mantiene una visión clásica de la imputabilidad (ésta se define como capacidad de comprensión de lo injusto y capacidad de dirigir la actuación conforme a dicha comprensión o, más modernamente, como capacidad de motivación). De hecho los mismos Códigos Penales al establecer las causas de inimputabilidad, generalmente recurren al concepto clásico de imputabilidad.

Ahora bien, ya respecto a los menores, es necesario comentar que, distinto a lo que pasa en Honduras, donde la minoría de edad es una causa de inimputabilidad, en otros países (como España) la ubicación independiente de la minoría de edad frente al resto de los casos de inimputabilidad, han hecho que surjan muchas dudas en la forma de entender la responsabilidad del menor infractor.

Y estas dudas necesariamente llevan a estas disyuntivas: ¿Debe seguirse considerando que los menores son inimputables? ... ¿Debe el Estado aplicar una legislación especial para los menores? o ... ¿Debemos pensar que como muchos menores son capaces de entender lo que hacen, debe aplicárseles la jurisdicción penal de adultos?

Para intentar responder estas interrogante, les comentaré a continuación, algunos puntos importantes sobre el fundamento de la minoría de edad como causa de inimputabilidad.

Antes de seguir, debemos admitir que en nuestros países no ha existido suficiente discusión doctrinal y político criminal, de la forma de responsabilidad de los menores. Y esto no sólo pasa en Latinoamérica, pues en países con gran tradición dogmática algún autor ha llegado a decir que la construcción de una teoría que explique la esta causa de inimputabilidad, quedará en manos de la doctrina.

Principales teorías que fundamentan la inimputabilidad del menor

3.1.1. *Teoría Clásica*

Los clásicos coinciden en la definición de la imputabilidad como capacidad de comprender la antijuricidad de su conducta y determinar su actuar conforme a esa comprensión. Sensu contrario, la inimputabilidad es incapacidad de comprender y valorar la ilicitud del hecho, y de actuar conforme a lo requerido por el ordenamiento jurídico.

Según este razonamiento, el menor es inimputable porque no posee dicha capacidad. Se ha criticado mucho la debilidad de esta idea porque... Presumir que todos los menores de edad son incapaces de comprender y actuar conforme a dicha comprensión, es contradictorio con los principios de la educación. Pues, éstos precisamente parten de la capacidad de los niños para asumir pautas de conducta y valores. Por ello, se dice que los menores (salvo los de muy escasa edad) sí pueden tener capacidad de entender y actuar.

Coincidiendo con Sotomayor Acosta, este argumento por sí no es suficiente. Por ello, debemos o bien fundamentar la inimputabilidad del menor por otras vías o bien descartar que los menores son inimputables.

Entiendo que esta crítica no puede aplicarse a ciertas legislaciones, como la hondureña, donde la minoría de edad como causa de inimputabilidad se establece realmente en los 12 Años (los mayores de 12 y menores de 18 son imputables, pero se les aplica un régimen especial). Con lo cual, según dicha legislación es más lógico poder presumir que los menores de 12 sean incapaces de comprender y querer (aunque existan excepciones).

3.1.2. *Teoría de la motivación*

Los seguidores de la teoría de la motivación, sostienen que imputabilidad es capacidad de motivación. Los capaces de motivación serán imputables; los incapaces de ello (o los que

tengan capacidad anormal o inferior), serán inimputables. Dentro de esta teoría, hay una vertiente muy interesante que establece que los inimputables no tienen capacidad de motivación normal o suficiente.

Habría que sostener, entonces, que el menor es incapaz de motivación suficiente. Sin embargo, los mismos principios de la educación parten de que a excepción de los que tienen escasa edad, los menores sí pueden ser motivables, de lo contrario ¿En qué se fundamentaría la educación sino en que los menores tienen capacidad de interiorizar gradualmente, valores y pautas de conducta?

Esta teoría nos llevaría a sostener (en los códigos que usan el sistema biológico) que los menores de cierta edad, son incapaces de motivación suficiente. Las razones que suelen darse para fundamentar tal incapacidad son:

Generalmente, se dice que los menores no tienen suficiente capacidad de motivación por ser inmaduros. Pero esto es muy discutible. No podemos olvidar que la madurez es un estado de desarrollo cognitivo, emotivo, volitivo; cuyo grado de desarrollo depende de multitud de factores (educación, vivienda, características que rodean la constitución de su familia, su círculo de amigos, etc.). Además, cada uno de estos factores, incide de forma diferente en cada persona. La madurez es un desarrollo evolutivo, único y diverso en cada ser humano.

Por ello, afirmar indistintamente que todos los menores son inimputables, por ser inmaduros, carece de lógica. Y en todo caso, si así fuera ¿Cómo fundamentar que la madurez (que es el resultado de todo un proceso complejo), se adquiere como por arte de magia, al cumplir una determinada edad? ¿Es lógico pensar que hoy el menor es inmaduro y, sin embargo al cumplir el límite de edad fijado por la Ley, adquiere madurez? En último caso, un adulto pue-

de ser inmaduro, sin que ello conlleve una declaración de inimputabilidad.

3.1.3. *Planteamientos de Política Criminal*

Otra alternativa para fundamentar la inimputabilidad del menor, es recurrir a los argumentos político criminales. Sin pretender restar importancia a la función de la Política Criminal en relación con la dogmática, entendemos que ésta es su elemento trasversal; pero no debe verse a la Política criminal como un cajón de sastre del cual servirse cuando “algo” no encaje dentro de las construcciones dogmáticas.

Ante el estado de la discusión antes referido, optar por negar la inimputabilidad del menor, alegando que es un caso diferente de inimputabilidad, no parece adecuado. Porque contra quienes defienden la idea de declarar imputable al menor, basándose en que si su responsabilidad es penal, es más adecuado extraerlos del mundo de los inimputables y decir abiertamente que son imputables, pero que por razones político criminales responden de acuerdo a una legislación distinta, nuestro criterio es que los menores deben ser considerados inimputables.

Si el razonamiento se resume en que el reconocimiento de responsabilidad penal de los menores de edad, implica que son imputables; tendríamos que objetar que la responsabilidad penal de todos los inimputables existe (al margen de la denominación de la consecuencia jurídica aplicable). Si la base para extraerlos del ámbito de la inimputabilidad, es que tienen responsabilidad penal, esto nos tendría que llevar a excluir de dicha categoría a todos los inimputables y comenzar a considerarlos imputables.

Desde la postura que aquí se sostiene, si la historia nos ha demostrado que esta responsabilidad siempre ha existido, sólo que subrepticamente y sin garantías; reconocer su existencia, lejos de agravar la situación del menor, le da un

matiz positivo a su regulación y no conlleva una necesaria postura a favor de la imputabilidad del mismo.

Otro de los puntos que parecen vender como un bien los partidarios de esta idea, es que la imputabilidad del menor no conllevará un trato igual al resto de imputables. Pues, en todo caso, aunque el menor sea imputable, por razones de política criminal responderá de forma distinta al adulto. Pues bien, ante esto hay que recordar que la Política Criminal se ha usado muchas veces para superar obstáculos que de otro modo no podríamos salvar. Si así ha sido hasta ahora y si aceptamos que el menor es imputable:

¿Qué impediría que dentro de algún tiempo, se afirme que por razones político criminales, deben tratarse igual que al resto de imputables? Si estamos en presencia de hechos violentos que implican a menores de edad, lo cual ha determinado cambios legislativos en muchos países para endurecer las medidas, equiparándolas en algunos casos casi al mismo nivel que las penas de los adultos, no obstante su inimputabilidad ¿Qué pasaría entonces si comienzan a ser imputables?

Si existen sistemas de justicia de menores que aún considerándolos inimputables, se caracterizan por ser excesivamente duros en cuanto a su catálogo y duración de medidas, después nada impediría que en algún momento se comenzara a sostener: Si son imputables, hay que tratarlos como tales y las mismas razones de política criminal que antes se usaron para fundamentar su trato distinto, podrían usarse deliberadamente para después defender su trato penal equivalente a todos los imputables. Y esta puerta abierta para una política altamente represiva debe rechazarse.

Como consecuencia a las ideas aquí expuestas, cabría concretar los siguientes puntos. El menor es y debe seguir sien-

do inimputable, en virtud de una decisión valorativa y no sólo porque pueda ser inmaduro, o no sea bastante maduro.

Si el menor es inimputable, es porque pertenece a un grupo de personas que por distintos factores (algunos biológicos, psicológicos, sociales, culturales, etc.) no puede participar igualitariamente en sociedad. Es el ordenamiento jurídico, en general, el que nos demuestra la desigualdad del menor al reservar el libre ejercicio de muchos derechos hasta que no cumpla la mayoría de edad (salvo las excepciones especiales previstas en cada legislación).

Así pues, el menor en sus primeros años, no puede elegir los representantes de la sociedad, ni ser electo, ni tiene capacidad contractual, por lo que tiene limitaciones jurídicas. Frente a esta situación de desigualdad del menor, es necesario aplicar la fórmula del principio de igualdad en el sentido que hay que tratar desigual a los desiguales, para convertirlos en iguales.

Es decir, que si al menor no se le permite ejercer muchos derechos, por pensar que aún no está preparado para asumirlos ¿Cómo olvidar este argumento a la hora de exigirle responsabilidades? La aceptación de las especiales necesidades en el menor debe tomarse en cuenta tanto en sus derechos, como en sus responsabilidades.

En vista de todo esto, el menor es inimputable por una decisión que dista mucho de ser exclusivamente biológica o psicológica, sino también sociopolítica; pues, refleja la obligación del Estado de considerar su especial condición en la sociedad.

IV. Sistemas de determinación

Los métodos que a lo largo de la historia se han usado para determinar la menor edad, han sido el del discernimiento y el sistema biológico.

4.1. SISTEMA DEL DISCERNIMIENTO

La prueba del discernimiento, tradicionalmente ha consistido en un estudio de las características psicológicas, el nivel de desarrollo intelectual, el entorno natural y otros factores que posiblemente inciden en la determinación de si el menor tiene o no capacidad de imputabilidad.

Este sistema generó dudas desde el inicio porque, a la hora de definir el significado y el contenido del término discernimiento, los juristas se encontraron ante un nuevo problema. Al intentar explicar el significado de facultad de discernir se manejaron diversas teorías.

Algunos autores sostuvieron que la capacidad de discernimiento era equivalente a la existencia de inteligencia, autores tan representativos como Carrara, entendieron que el término discernir entrañaba la capacidad de actuar conforme a las apreciaciones de la inteligencia del menor. En el fondo, se fundamentaba la falta de capacidad de discernimiento en la ausencia de inteligencia. Pero este argumento no era fiable, pues no eran pocas las ocasiones en las que un menor de dieciséis años claramente poseía más capacidad de raciocinio que una persona adulta.

Tomando en cuenta la inexactitud que conlleva afirmar la inexistencia de discernimiento, con base en la ausencia de inteligencia, algunos autores han construido su definición partiendo de la experiencia vital del menor. En este sentido, se ha afirmado que en el menor “la falta de experiencia de la vida puede ocasionar una imperfecta comprensión del

alcance material y moral de una serie de acciones, de modo que habrá que enjuiciar la concurrencia de discernimiento en referencia al acto concreto realizado y no en abstracto”.

Otros, optaron por definir el discernimiento como capacidad moral. En esta línea, Silvela afirmó que discernir es tener capacidad de distinguir y comprender la diferencia entre lo bueno y lo malo, entre el cumplimiento del Derecho y su infracción. Para este autor, durante los primeros años de su vida, el menor no tiene conciencia de sí, ni de la Ley que debe regir su voluntad, por lo tanto no existe imputabilidad. Pero, a medida que pasa el tiempo, el menor empieza a obrar conforme a las normas y es en este momento cuando puede comenzar la imputabilidad. Sin embargo, no todos los delitos precisan del mismo grado de inteligencia para ser comprendidos, generalmente puede comprenderse la prohibición de quitar la vida a otro, en cambio es más complejo alcanzar el significado de la figura de la estafa.

Respecto a esto surgieron dos problemas: En primer lugar, era difícil fijar el momento exacto en que comenzaba a existir la imputabilidad en el menor. En segundo lugar, esta determinación de la edad en que comienza la imputabilidad, no podía emplearse con carácter general, sino que debía considerarse en relación con cada acto criminal y cada sujeto. Esta labor era competencia del Juez, quien determinaba si el menor había actuado o no, con capacidad de discernimiento.

A pesar de los esfuerzos por definir el significado de “discernir”, nunca se llegó a un acuerdo y el término “discernimiento” continuó en la oscuridad de la imprecisión. Este sistema también fracasó en el campo práctico, no sólo por la vaguedad de su significado, sino que, además, ante la pregunta de ¿Cómo y cuándo tener la certeza que el menor actuó con discernimiento? Y ¿De qué medidas valerse para

llegar a esta conclusión? el Juez se encontró en una situación difícil de resolver.

La fórmula del discernimiento, ha sido duramente criticada por la inseguridad jurídica que supone y porque en la práctica ofreció una aceptable cobertura jurídica a todo tipo de arbitrariedad.

4.2. SISTEMA BIOLÓGICO

Precisamente es el criterio utilizado por muchas legislaciones donde no es necesaria la prueba de discernimiento; pues, se trata de una presunción generalizada para los menores de cierta edad.

Ahora bien, el sistema biológico también desencadena una serie de críticas que fundamentalmente se dirigen al hecho de que es imposible asumir que, con al cumplir determinada edad la persona adquiere un grado de desarrollo y capacidad integral. Además, cada sujeto sigue un proceso diferente de evolución de acuerdo a su situación personal. En nuestra opinión, pese a las posibles críticas del sistema, por razones de seguridad jurídica, resulta el más conveniente para determinar la minoría de edad jurídicopenal.

V. Límite de edad

En términos generales, se considera adecuado fijar el límite máximo en los 18 años por las siguientes razones: Se unificaría la minoría de edad penal con las disposiciones del ordenamiento jurídico en su conjunto: La Constitución, por ejemplo, se refiere a los 18 años. Es decir, la participación política social del ser humano, se alcanza al cumplir esa edad. Decantarnos por un límite de edad inferior sería incongruente.

Además, por criterios intrínsecos propios del Derecho Penal, debe fijarse en los 18 años.

Por una parte, hay que recordar que el Derecho Penal es y debe ser *ultima ratio*, es decir, sólo procederá su aplicación cuando llegue su turno en el orden de controles sociales, cuando los controles anteriores hayan fracasado. Este criterio no puede quedarse en una formulación teórica, debemos propugnar por su efectiva aplicación. Si nos inclinamos por aceptar una edad inferior a los 18 años, como límite en que termina la minoría de edad, estaríamos dando un salto desproporcionado, donde el Derecho Penal, lejos de última, pasaría a ser *prima ratio*.

Siguiendo con las razones intrínsecas del Derecho Penal: el fundamento de la intervención punitiva, se justifica por la idea de protección de bienes jurídicos. Como se ha establecido, la participación plena del menor en la sociedad sólo se materializa al alcanzar cierta edad (18 años), no podemos sostener que el menor sea sujeto activo en la discusión y establecimiento de los bienes jurídicos. Por tanto, tampoco podemos apoyar la intervención estatal, por medio del Derecho Penal común.

En último término, no debe pasarse por alto que el Derecho Penal es un medio de control social que conlleva restricciones de libertades y derechos; tiende a segregar al sujeto, lo estigmatiza. Si trasladamos estas consecuencias al ámbito del menor, la situación se agrava notablemente, pues son personas en proceso de desarrollo, y la aplicación del Derecho Penal común, podría alterar su formación participativa en la sociedad.

Por lo demás, cabría considerar nuevamente que la principal característica del Derecho Penal común es la imposición de penas y la privación de libertad es la pena por excelencia. Si existen multitud de estudios que demuestran el efecto

negativo de la pena con relación a los adultos, tratándose de menores de edad, sus efectos serían más negativos. Por ello, el límite formal de edad debe ser los 18 años; pues, en palabras de Gimbernat Ordeig, si nadie ha protestado hasta ahora porque la mayoría de edad civil y política se fije en los dieciocho años, no se ve el motivo por el que tenga que regir algo distinto en el ámbito penal.

VI. Modelos de justicia de menores

Ante las distintas posibilidades de regulación de la responsabilidad juvenil ante la infracción de normas penales, se han manejado varias opciones. A continuación, se expondrán brevemente los sistemas de justicia de menores.

Desde su creación, la justicia de menores ha estado presidida por tres grandes modelos: el modelo de protección (o tutelar), el educativo y el de responsabilidad.

Cada uno de estos modelos guarda relación con un contexto histórico determinado. Bajo esta observación, podrá comprenderse el hecho de que (salvo alguna excepción) la evolución de los modelos adoptados en América Latina y Europa no siguiera el mismo ritmo. Así, en América Latina básicamente podemos distinguir dos modelos: el de doctrina de la situación irregular (o tutelar) y el de la doctrina de protección integral.

6.1. MODELO DE PROTECCIÓN O TUTELAR

Tiene su origen dentro de un período protector o tutelar, con gran influencia del Positivismo y el Correccionalismo. Bajo el argumento de pretender sacar al menor del ámbito del Derecho Penal, se creó un sistema igualmente punitivo, con la salvedad de que para el menor no eran aplicables las garantías del Derecho Penal de los imputables. Para este

efecto, los planteamientos positivistas y correccionalistas proporcionaron una importante ayuda.

Una de las características positivistas del modelo tutelar es que germina como una forma no sólo de control, sino de defensa social. Quizá sean precisamente las condiciones y el ambiente positivista que rodearon el origen de esta ideología, las que nos permitan encontrar mayor claridad en sus planteamientos.

Las profundas desigualdades económicas y sociales que el Capitalismo trajo consigo, desembocaron en una crisis que dejó al descubierto la acumulación de riqueza de unos y la extremada pobreza de otros. Hombres y mujeres se vieron en la necesidad de trabajar y permanecer fuera de casa, otras familias emigraron a sus lugares de origen. El modelo familiar instaurado hasta entonces cambiaba rápidamente y ello incidió en un desequilibrio social. La delincuencia juvenil se manifestó como resultado de tal inestabilidad y el mundo burgués, en plena etapa de consolidación, tenía que actuar ante este fenómeno que ponía en evidencia los inconvenientes de su implantación en la sociedad.

El problema de los menores que cometían infracciones penales se le iba de las manos al Estado, sobre todo porque ya no contaba con el mecanismo de control más eficaz en este caso (la familia) y la aplicación de Derecho Penal de adultos a estos menores, comenzaba a despertar voces de protesta. Se afirma que el espectáculo de menores delincuentes aprisionados en los engranajes de la justicia penal de adultos, favoreció la difusión del pensamiento correccional-positivista. Y como desde el punto de vista correccionalista, los menores eran considerados incapaces y por tanto, peligrosos para la sociedad, se les aplicó medidas terapéuticas.

En la segunda mitad del siglo XIX, el Estado incorporó dentro de su función tutelar una legislación reguladora del cui-

dado y protección de la infancia. Este Derecho tutelar tuvo su origen en un movimiento pro salvador del niño. Aunque sus propósitos declarados, eran rescatar y reformar al niño; en realidad su finalidad era lograr el control del menor, para que su conducta no alterara el orden de la sociedad burguesa.

La misericordia, la filantropía y la caridad integraron un conjunto de fines que sirvieron como un mecanismo de control social de la pobreza, la marginalidad y de los menores. La caridad fue una fuerza estabilizadora, no sólo alejaba la desesperación, sino que al recompensar a los pobres, lograba infundirles sentimientos de resignación y aceptación.

El movimiento salvador del niño, en suma, lejos de rescatar creó una forma de control. De ahí que se les llamara inventores de la delincuencia. Y una vez que consideraron la delincuencia de menores como algo distinto, se crearon tribunales especiales para castigar su inadaptación. Las consecuencias más directas de este movimiento las sufrieron los hijos del proletariado y subproletariado urbano. Los menores inadaptados fueron encerrados por “su bien”.

Esta mezcla de caridad y necesidad de corrección dio como resultado el nacimiento de la ideología tutelar. El mayor número de instituciones tutelares, bajo el nombre de casas de misericordia y hospicios para niños vagabundos, tenían carácter correccional y religioso a la vez. En adelante, el tratamiento de los menores que delinquían siguió por esa doble vía de hospicio y cárcel.

De acuerdo a lo antes referido, el proceso de creación de jurisdicciones especiales para menores infractores, se fundamentó en las bases ideológicas de las teorías positivista y correccionalista. Según estos planteamientos, los menores (al igual que los locos) por el hecho de serlo eran débiles e incapaces de gobernarse. La edad, lo mismo que la

enfermedad, era causa limitadora de la capacidad real del individuo. Mientras dicha causa no desapareciera, mantenía al sujeto en situación de inferioridad y de necesidad de protección tutelar. Tal situación necesitaba ser combatida (y no castigada), con dulzura e indulgencia. Por ello, el tratamiento adecuado para el delincuente debía ser individualizado y su duración dependería del tiempo que la necesidad de protección requiriera y como eso no podía saberse de antemano, el tratamiento tenía duración indeterminada.

Pues bien, estos principios protectores fueron la base inspiradora del derecho tutelar de menores que, a pesar de basarse en propuestas de medidas educadoras y asistenciales, nació como una forma disfrazada y sustitutiva del control social que antes ejercía la familia.

En este sentido, Andrés Ibáñez sostiene que en vista de las tremendas implicaciones negativas del sistema penal dirigido a los adultos, se buscó una modalidad similar, aunque en apariencia diferente. Pues, aunque proclamaba la no imposición de penas, sometió a los menores a una forma encubierta de estas. La acción correccional o tutelar se caracterizó en su práctica por constituir esencialmente una respuesta penal reforzada.

En América Latina, este modelo se da aproximadamente en la década de los años treinta, bajo el nombre de doctrina de la situación irregular o modelo tutelar. Sus rasgos característicos podemos resumirlos en:

- Mantenimiento de una concepción etimológica positivista de la criminalidad que justificó la intervención estatal coactiva frente a infractores de la ley penal, basándose en ideas de resocialización y defensa social.
- Sustitución de las penas por medidas de seguridad aplicables no sólo a los infractores, sino también a los menores en situación irregular, de abandono, peligro material o moral, etc.

- El argumento de tutela era el punto central de este modelo.

Aunque formalmente es un modelo superado en muchos países, muchas veces aún se vislumbran influencias de esta ideología tutelar.

6.2. MODELO EDUCATIVO

La creación del Estado de bienestar social fue el hecho que presidió este modelo. Comenzó a finales de la Segunda Guerra Mundial y llegó hasta aproximadamente 1975. Básicamente su razonamiento se centró en considerar al Estado como guardián de la seguridad, responsable además de erradicar la pobreza y mejorar las condiciones de trabajo, salud, educación, etc. Especialmente se protegía a los menos privilegiados, con el objetivo de erradicar sus pésimas condiciones de vida.

En el ámbito de la justicia de menores, la crisis del modelo protector hizo que este evolucionara (a partir de los años sesenta aproximadamente), hacia el educativo. El modelo referido se asentaba en la idea de evitar la inclusión de los menores en la justicia penal. De este objetivo participaban jueces, policías, educadores y trabajadores sociales, quienes no remitían los casos (ni siquiera los más graves) a la justicia, sino que buscaban soluciones extrajudiciales. Por esta razón, la cifra de menores que entraron al circuito penal bajó considerablemente.

Sin embargo, como los trabajadores sociales partían del carácter estrictamente educativo de su intervención, siguieron sin hacer la distinción entre menores infractores y necesitados de ayuda. Su lógica era que si la justicia interviene no es por vulneración de normas, sino por necesidades que cubrir. Muy acertadamente Giménez Salinas concluye que en este período “la Justicia es vista como el último es-

labón del trabajo social. El Juez de menores es así considerado como casi un súper asistente social”.

El modelo educativo, en suma, se caracterizó fundamentalmente por intentar evitar que los casos donde se implicaran menores llegaran al conocimiento judicial, buscando soluciones alternas. Las novedades introducidas por el modelo educativo apenas repercutieron en el ámbito legislativo latinoamericano.

6.3. MODELO DE RESPONSABILIDAD

La excesiva libertad del modelo educativo hizo que éste cayera en crisis. Las condiciones de vida de los jóvenes de los ochenta eran más duras que las anteriores, de tal modo que el mundo de los menores y adultos cada vez se acercaban más y se hizo evidente la necesidad de una reforma.

La sentencia del caso Gault, dictada en Estados Unidos en 1967, fue determinante en el inicio de este modelo. El caso referido llegó al Tribunal Supremo de Estados Unidos: Gerald Gault fue enviado a un centro cerrado a largo plazo, sin haber disfrutado de defensa, sin haber sido confrontado con su acusador, sin evidencia alguna de haber cometido la falta alegada: Haber realizado llamadas de contenido obsceno a una vecina.

Los motivos que originaron la sentencia influyeron para que gran parte de los Estados volvieran a examinar sus leyes juveniles y surgieran reformas por considerarlas inconstitucionales. Precisamente este hecho ayudó a sentar las bases de la lucha por los derechos y garantías del menor, que pasó de ser objeto de tutela a ser sujeto de derechos, lo que logró que la gravedad de los hechos fuera el factor más importante a valorar y por ende, su responsabilidad pasó a un primer plano.

El modelo de justicia de menores en América Latina, sin embargo, no evolucionó por el caso Gault. Fue necesario esperar poco más de dos décadas para que con la Convención de los Derechos del niño de 1989, comenzara a cambiarse el paradigma y se avanzara del modelo de situación irregular hacia el de la doctrina de protección integral, también llamada doctrina de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de la infancia.

La Convención referida fue de gran trascendencia en América Latina: Por una parte, su contenido ofreció elementos importantes para cambios legislativos que consideraron a los menores como sujetos de derechos. Por otra parte, produjo una sensibilización que hizo que la opinión pública y los movimientos sociales se ocuparan de cambiar el marco jurídico institucional de los menores.

Fundamentalmente la Doctrina de protección integral se caracteriza por: Definir al menor como sujeto de derechos (y no como objeto de compasión); Diferenciar las competencias de la política social y la política criminal, desjudicializando asuntos como la falta de recursos materiales (que en la doctrina de la situación irregular, daba lugar a actuación judicial); Defender la inimputabilidad de los menores, sin dejar de reconocer sus garantías; Ampliar el catálogo de medidas aplicables al menor infractor, estableciendo medidas alternativas al internamiento; y determinar que la privación de libertad como el último recurso a aplicar.

VII. Valoración general

Como resultado de los planteamientos expuestos hasta ahora, cabría concretar los siguientes puntos. A nuestro entender, pese a que pueda considerarse una obviedad, hay que insistir en ello: el Derecho Penal de menores es Derecho Penal.

Esto no significa que se proponga una equiparación entre el Derecho Penal común y el de menores. Pues, el ordenamiento jurídico en su conjunto, tiene la obligación de otorgar un especial status normativo a los menores, debido a que se encuentran en estado de desarrollo. Por ello, aunque ambos derechos comparten su naturaleza (represiva y preventiva) e incluso la orientación de su finalidad (reeducación y reinserción social), su campo debe diferenciarse en cuanto a la especial consideración del autor que debe observar el Derecho Penal de menores, tal como sostiene Roxin. En consecuencia, debe acentuarse las garantías del Derecho Penal ordinario, buscar medios que no sólo equiparen la situación del menor con el adulto, sino que la favorezcan. Materializando así el principio de igualdad, según el cual es necesario tratar de forma diferente a los desiguales, para colocarlos en una situación de igualdad.

Las infracciones cometidas por menores de edad no deben ser competencia del Derecho Penal común, sino de la justicia penal juvenil. El mismo al igual que el Derecho Penal común debe ser la ultima ratio; pues, para proteger los intereses sociales, el Estado está en la obligación de agotar los medios menos lesivos, antes de recurrir a él, ya que su aplicación posibilita las intromisiones estatales más duras en la libertad del ciudadano, por lo que solamente debe intervenir cuando otros medios resulten insuficientes. Pretender que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho Penal cuando otras medidas de política social podrían proteger igualmente un determinado bien jurídico, sería un exceso.

El recurso al Derecho Penal juvenil como respuesta a las infracciones cometidas por las personas menores de dieciocho años, nos parece correcto. La justificación la encontramos en múltiples razones, como la especialidad de su naturaleza, medidas y procedimiento, que deben equilibrar intereses preventivos especiales y generales, dando prevalencia a

los primeros. Además, no debemos olvidar las garantías y límites que aseguran el reconocimiento del carácter penal del sistema de justicia de menores.

Nuestra posición a favor del Derecho Penal juvenil no debe llevarnos a ignorar una opción que, por qué no decirlo, legítimamente podría plantearse. Esto es, si no deberíamos abolir el Derecho Penal de menores y optar por buscar una vía extrapenal como respuesta a las infracciones de los menores. En efecto, político criminalmente, en principio parece que lo correcto sería despenalizar la reacción ante el menor; pues, los efectos negativos del Derecho Penal se intensifican en personas en estado de desarrollo. Sin embargo, no consideramos que eso resulte viable; pues, el deber de protección estatal del menor y el cumplimiento del principio de igualdad, le dan un status jurídico especial al menor, que obliga al ámbito del Derecho en general y especialmente al del Derecho Penal, a establecer un trato diferente. Este argumento justifica la exclusión del menor del Derecho Penal común, más no del Derecho Penal.

Ahora bien, aunque el abolicionismo penal tendría en el campo de los menores, más futuro que en el caso de los adultos, el problema es analizar las posibilidades reales de tal logro. Una supresión del Derecho Penal de menores, debe llevarnos a prescindir de las restricciones de derechos como respuesta a la conducta infractora. Y es que hay que cuidarse de no caer en el engaño producido por un simple cambio de etiquetas, que conllevaría la creación de un sistema de control alternativo para los menores. Pues, no estamos a favor de dejar intacto el contenido coactivo de las mismas y limitarse a eliminar el nombre o la denominación de la jurisdicción competente.

Quienes defienden la abolición del sistema penal de menores y sugieren opciones extrapenales tienden a buscar la solución en la propuesta de desplazamientos de jurisdicción

nes (generalmente hacia la vía civil y la administrativa) o en una devolución del conflicto a las partes afectadas, para que sean ellas quienes lo solucionen. Si bien ello puede resultar factible en algunos casos, lo cierto es que sólo podría pensarse con relación de ciertos delitos; como apunta Silva Sánchez, su radio de acción terminaría donde comienza el núcleo del Derecho Penal.

Entendemos que lo correcto sería minimizar y no abolir, por ejemplo, mediante el recurso a vías reparadoras como penas autónomas o como alternativas a la privación de libertad en algunos casos, donde sería suficiente activar la comprensión de las normas mediante el efecto censorador de la asignación de una consecuencia jurídica (informal), sin que se necesite una sanción formal para clarificar la norma. Debe recordarse que ello procederá siempre y cuando la reparación cumpla los fines de la pena a sustituir.

Parece, pues, que podría pensarse en prescindir de la competencia del Derecho Penal en casos donde (cuando concurren ciertos requisitos) bastaría con la facultad mediadora de la justicia reparadora. Sin embargo, habría casos en los que el recurso al Derecho Penal sería insalvable (hechos graves contra bienes jurídicos especialmente importantes). No parece viable, entonces, proponer la eliminación de la jurisdicción penal y su sustitución definitiva por vías reparadoras, ni por jurisdicciones de carácter civil o administrativo.

Llegados a este punto queremos recalcar que estar a favor de un modelo claro de justicia penal juvenil, no debe interpretarse como un escape hacia la vía represiva. Pues, nuestra posición parte de la crisis misma de otros sistemas de legislación de menores y no del apoyo incondicional a la reacción punitiva. Una legislación penal basada en derechos y garantías es siempre más coherente que un Derecho de protección.

Así lo han entendido los Legisladores que optaron por un modelo de justicia penal de menores. En todo caso, hay que reiterar que deberá limitarse su intervención con racionalidad y equilibrio. Ello implica que los menores deben someterse a pocas intervenciones penales y que no pueden ser perjudicados, respecto a un mayor en situaciones procesales semejantes. Y aún más: el Derecho Penal de menores debe observar más garantías que el Derecho Penal ordinario; es decir, que siempre deber estar en mejores condiciones frente al Derecho Penal que un mayor en iguales circunstancias. Tal como advierte Martín Ostos, recordando las palabras de La Greca, “la condición del menor puede justificar un más de tutela jurídica y de garantías, nunca un menos; así pueden sintetizarse las novedades y las perspectivas de un sector de la justicia que, aunque sea de menores, no por ello tiene que ser menor”.

A grandes rasgos, los aspectos sustanciales del Derecho Penal juvenil deberían ser:

7.1. PRESUPUESTOS JURÍDICO PENALES.

Debe partirse de presupuestos jurídico penales, sobre todo debe respetarse el principio de legalidad, conforme al cual la intervención estatal sólo es posible en razón de la comisión de un hecho delictivo descrito en el C.P. o Leyes especiales. En la justicia penal de los adultos, la observación de este principio es una garantía, más ello no basta en el caso de los menores, pues, como dijimos, es necesario brindarles un plus favorecedor, respecto a los mayores.

La configuración de un Derecho Penal de menores deberá observar todos los límites correspondientes al Derecho Penal ordinario. Sobre todo, a nuestro entender, es importante hacer énfasis en los siguientes principios: El principio de subsidiariedad y su carácter fragmentario (que integran el principio de intervención mínima); y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

El Principio de subsidiariedad se refiere a que el Estado está obligado a agotar los medios menos lesivos, antes de recurrir al Derecho Penal, ya que (por la gravedad de sus consecuencias) éste debe ser la ultima ratio. Ante todo, debe optarse por utilizar medios no sancionatorios (como por ejemplo: una correcta política social en el caso de menores simplemente problemáticos o en situaciones de necesidad). Después, podrá acudirse a la aplicación de medidas sancionadoras no penales.

El carácter fragmentario, se refiere a que los bienes dignos de protección penal deben ser tutelados de forma fragmentaria (sólo contra las agresiones más graves y relevantes). De esta manera, se rechaza una intervención penal abrumadora, uniforme e indiferenciada. Llevado a la práctica, esto nos conduciría a limitar la justicia penal de menores solamente a los delitos. Y más aún, dentro de los delitos (y de acuerdo a la realidad y necesidad preventiva de cada país), podría pensarse excluir los actos preparatorios, las tentativas; limitarse los delitos culposos, todo ello con algunas excepciones en cuanto se trate de delitos que atenten contra la vida, la salud u otro bien jurídico relevante. Los delitos contra el patrimonio (sin violencia y dentro de los límites de la ley penal), se podrían solucionar por medio de la reparación. Y, cuando ésta cumpla con los fines de la pena a sustituir, podrá hacerlo, cuando no sea así, sería viable valorar la posibilidad de atenuar la pena.

De esta manera, se acentuaría el Principio de exclusiva protección a bienes jurídicos, que se refiere a el Derecho Penal debe limitar su radio de acción a la protección de éstos. Lo cual no significa que todos los bienes jurídicos deban ser protegidos penalmente (es necesario atender a una adecuada selección y ponderación de éstos), ni tampoco quiere decir que todos los ataques a los bienes jurídicos protegidos penalmente deba conllevar la actuación del Derecho Penal. Un Estado social y democrático de Derecho sólo debe am-

parar como bienes jurídicos las condiciones de la vida social que afecten de forma importante las posibilidades de participación de individuos en el sistema social.

7.2. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

De acuerdo al principio de exigibilidad (del que participa el Derecho Penal común), sólo se puede ser responsable en cuanto se pueda exigir una conciencia del injusto. Esto, no basta en el campo del menor, pues la observación de este principio los dejaría en igual situación que a un mayor. De ahí que habría que pensarse que aún cuando estatalmente se esté en condiciones de exigirles responsabilidad, ésta no podría ser propia del Derecho Penal común.

Es decir, que la inimputabilidad no debe entenderse como una exoneración de toda responsabilidad. Pues, la negación de la responsabilidad del menor implicaría a su vez la negación de su condición de persona.

Los conceptos de responsabilidad e inimputabilidad no son excluyentes, por lo que se considera que lo que habría que superar es el concepto clásico de inimputabilidad para explicar la minoría de edad; pues bajo los parámetros del concepto clásico, el menor sería imputable en muchos casos, pues habría que aceptar su capacidad general de autodeterminación. En cambio, si partimos de teorías como la de Bustos Ramírez cuando afirma que inimputabilidad no conlleva exención de toda responsabilidad penal, tendremos que concluir que la definición del menor como inimputable implica, simplemente, la exclusión de su responsabilidad conforme a Derecho Penal de adultos y no al Derecho Penal.

Siguiendo estos lineamientos, la imputabilidad debe entenderse como un juicio no exclusivamente naturalístico, sino también sociopolítico, por el que el Estado se ve obligado a eximir de responsabilidad penal común al inimpu-

table. Ello, debido a una relación de exigibilidad: el Estado debe crear un nivel de responsabilidad diferente para los menores porque, si el Derecho Penal protege bienes jurídicos, una condición indispensable para exigir responsabilidad penal común es la participación del menor en su establecimiento, ello, como sabemos, no se da sino hasta que ha cumplido cierta edad en la que está preparado para participar activamente en su entorno sociopolítico. De acuerdo a esto, habría que interpretar que el menor es y debe ser inimputable, sin que ello deba interpretarse como una exoneración de toda responsabilidad, sino exclusivamente de la responsabilidad penal común.

7.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Deben ser determinadas, post delictuales y con un amplio catálogo que deje como última el recurso a la privación de libertad (para los hechos delictivos especialmente graves, contra bienes jurídicos relevantes). Y, cuando ésta fuera ineludible, será mejor evitar proclamar su finalidad meramente educativa y reconocer su contenido sancionador. Pues, el pensamiento educativo, no es redimible, sobre todo en el caso de medidas privativas de libertad.

VIII. Conclusiones

Para terminar, queremos apuntar una última reflexión: Frente al tema de los menores infractores, existe multitud de controversias doctrinales acerca del fundamento de la minoría de edad, la responsabilidad penal y el sistema de justicia que debería aplicarse a ellos. Y si esto es así en la doctrina, la polémica aumenta en el plano político criminal y social, sobre todo en contextos donde la violencia alcanza porcentajes alarmantes.

La delincuencia juvenil es un problema social, que se agudiza por la vinculación de menores a grupos armados al mar-

gen de la ley (asunto que complica la decisión de las medidas a aplicar y la consecución del fin reeducativo de las mismas). Y, tratándose de problemas sociales tan complejos, no existen soluciones inmediatas. Una solución real sólo podría darse a mediano y largo plazo y, entre otras cosas, requeriría de actos inmediatos dentro de una contundente política social que tendría que tener como objetivo central programas de prevención de delitos y que, en todo caso, no rendiría frutos a corto término.

Finalmente, parece importante subrayar: el Derecho Penal no es la vía de solución a problemas sociales, ésta es una tarea que no le corresponde, al contrario, hay que pensar que una aplicación indiscriminada del mismo aumentará el problema.

El Derecho Penal juvenil debe partir de la especial consideración del autor a quien va dirigido. Como consecuencia, su ámbito de aplicación ha de limitarse a casos estrictamente necesarios y las medidas que prevea deben caracterizarse por un amplio contenido humanitario.

Es fundamental, además, una seria discusión no sólo sobre la denominación que debería tener el sistema de justicia de menores (y sus consecuencias jurídicas); sino sobre las condiciones reales en las que se cumplen estas medidas. Pues, debe reflexionarse sobre el ejemplo empleado por Donha para explicar el fraude de etiqueta, quien relataba que el Director de una cárcel manifestó a un individuo a quien, tras haber cumplido una pena, iba a aplicarle una medida de seguridad: “Bien, en este momento usted ha pagado y expiado. La condena ha terminado. Lo que suceda en adelante ya no será una pena. Usted irá ahora al ala B del establecimiento penitenciario. Allí no va usted a ser castigado, sino solamente estará sometido a una medida de seguridad, la cual no pretende infligirle un mal. Por lo demás, nada cambiará en su modo de vida”.

EL ESTADO DE DERECHO Y LA JUSTICIA (INDEPENDIENTE) COMO PRESUPUESTO PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESARROLLO ECONÓMICO

.....

Sergio J. Cuarezma Terán¹
Profesor de Derecho penal e Investigador
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua

I

El Estado constituye una poderosa oportunidad para servir a los intereses generales de la comunidad social, pero también constituye una gran tentación para quienes lo alcanzan. El deseo de ponerle límites eficaces y de garantizar que sólo se usará de acuerdo a los intereses de la sociedad y con justicia y moderación es muy antiguo, y de una u otra forma se ha manifestado en casi todos las épocas. Una de las principales funciones del derecho es servir de límite al poder estatal y controlar su ejercicio.

El poder está limitado por la soberanía que radica en el pueblo (art. 2 Constitución Política) y debe estar concebido para el desarrollo, progreso y crecimiento de los habitantes. Por ello, la Constitución considera nulos los actos del poder pú-

1 www.sergiocuarezma.com

blico violatorios de los derechos que ella garantiza, señalando inclusive la responsabilidad de las instituciones del Estado por los daños y perjuicios causados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o función (art. 131 Constitución Política), y, sobre todo, cuando los actos de poder de cada una de las funciones del Estado se originan de una situación divorciada del orden constitucional.

El sistema constitucional, por sí mismo, no garantiza que el poder actúe sin violentar los principios de legalidad y de la libertad como garantías jurídicas. Por el contrario, en su diario hacer, puede producirse— y de hecho se producen— actos de violencia, pues el poder se inmiscuye en la cotidianidad de la vida de las personas. El poder, justamente por serlo, puede actuar con violencia o abuso en el uso de las facultades discrecionales de las cuales tiene que gozar para cumplir con su cometido de procurar el bienestar público. Igualmente puede ser violento en la aplicación de su poder normativo, amparándose en su pura formalidad y, con más razón, en el ejercicio de las prerrogativas de la administración en el desarrollo de su actividad ordinaria. Por esta razón, aquí aparece la idea de someter al poder y de dotar a la persona de los instrumentos que le permitan exigirle que justifique su manera de actuar ante el derecho. La base axiológica de este sometimiento, lo establece la Constitución Política sobre los principios de “libertad, justicia y el respeto a la dignidad de la persona humana”, entre otros (art. 5 Constitución Política).

Las actuaciones del poder no pueden ser reductos de impunidad. Por eso deben ser susceptibles de enjuiciamiento por cualquiera que resulte afectado por ellas. La Constitución prevé en este sentido un sistema de protección jurisdiccional de los derechos y garantías, basado en el principio de la nulidad de los actos del poder público que violen o menoscaben esos derechos. Pero uno de los presupuestos

para que el poder esté bajo control es la existencia de un Estado de derecho republicano y una justicia independiente.

II

El Estado de Derecho, como uno de los principios que con valor superior establece nuestra Constitución dentro de la amplia perspectiva del Estado Democrático y Social de Derecho, fija un conjunto de preceptos que sujetan a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución y a las leyes. Establece y garantiza un sistema de derechos sociales, económicos, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana.

Estas prestaciones vitales a que está obligado el Estado frente a la comunidad son instrumentadas en gran medida por la Administración pública y la forma de desarrollarlas es amplia y abierta, y está determinada por la variabilidad misma de las actividades que deben ser satisfechas. Ello condiciona también la elección de los sectores de actuación que serán objeto de dichas prestaciones –educación, salud, trabajo, cultura, seguridad social, seguridad personal, familia, industria– así como su intensidad (Ver arts. 57, 58, 59, 63 y 64 Constitución Política) Esa amplitud del concepto de prestaciones exige que la administración se modernice y se adapte a las características del sector elegido para actuar.

La existencia de un Estado de Derecho es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica de la persona, y se apoya en tres presupuestos: La vigencia de un orden jurídico, el principio de legalidad (bajo el cual el Estado, como expresión del poder político, somete su actividad) y la separación de funciones de los poderes del Estado. Incluye en su noción la creación del derecho supeditado al hecho de que la Constitución es la Ley Suprema. También que las leyes han de contribuir al desarrollo pleno y profundo del mar-

co de acción constitucional y que deben de estar inspiradas en los principios y valores superiores inherentes al orden democrático: libertad, seguridad, igualdad, justicia social y respeto a la dignidad humana. Estos principios y valores de rango constitucional se organizan en libertades individuales, derechos sociales, económicos y políticos. En este sentido, los franceses a la hora de redactar la declaración de los derechos del hombre en 1789, fueron claros, y dejaron proclamado que en “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución” (art. XVI) y, sin duda, se referían a la materialidad de tal necesidad, sin perjuicio de que haya una Constitución escrita. Es decir, aunque haya Constitución política formalmente vigente, pero no se garantiza la separación de los poderes y el respeto de los derechos humanos, esa sociedad no tiene Constitución política, que podría ser nuestro caso.

Las características del Estado de Derecho son, entre las fundamentales, la sujeción al principio de legalidad, a la jerarquía normativa, el reconocimiento y respeto a los Derechos fundamentales de las personas, a la reserva de ley y al control judicial de los actos administrativos. Estas características del Estado de Derecho, se traducen en seguridad para la realización de los valores sociales y su respeto frente a probables actos arbitrarios de los poderes públicos.

En este sentido, el Estado de Derecho tiene como base el principio de legalidad, garantía contra el abuso del Estado en contra de las personas. El principio de legalidad nace y resulta de identificar la acción del Estado con la ley, se refiere a la forma, cómo el Estado desarrolla su acción limitada y sujeta a la norma jurídica. De esta manera la persona queda protegida cuando el Estado se ve imposibilitado a infringir la ley, o sea, que la relación Estado–Persona está fundamentada en el fin primordial y la razón de ser del Estado de Derecho: la seguridad jurídica. En dicha relación

de la función de la justicia aparece como un presupuesto para garantizarla. Por esta razón la independencia externa e interna y el prestigio del Poder Judicial es tarea prioritaria y estratégica en el proceso democrático que vive Nicaragua. Así, la justicia independiente, es un derecho humano.

III

Desde su perspectiva actual, el texto constitucional nicaragüense requiere de un desarrollo legislativo amplio y complejo, pues todavía no hay una total correspondencia entre la titularidad formal de los derechos en él consagrados y su ejercicio real y efectivo. El Estado nicaragüense necesita de un ordenamiento jurídico adecuado a la realidad social que garantice, en primer lugar, que el Estado esté conceptualizado, estructurado y organizado de forma coherente a su naturaleza o modelo constitucional, el Estado democrático y social de derecho (art. 6 Constitución Política), y garantizar, además, que el poder sincronice su visión a este modelo y realice su actividad fuera del mismo. En este sentido, el Estado estaría organizado con los procedimientos adecuados y seguros para desarrollar su actividad estatal y administrativa (Por ejemplo: Ley General de la Administración Pública y Ley de Responsabilidad Patrimonial) Es decir, el Estado nicaragüense debe experimentar una reforma de grandes proporciones en el plano formal e institucional, social y económico. Ya que no es posible, por la propia naturaleza de su modelo, pretender la existencia de un Estado pasivo, artesanal y contemplativo, sólo de carácter formalista, frente a los problemas más sensibles de nuestra sociedad.

El desarrollo del Estado de Derecho cumple una función en el plano de la seguridad jurídica que, como consecuencia se traduce en estabilidad política, económica y social. Es necesario, entonces, promover el respeto a la supremacía de la Constitución Política y la jerarquía de las leyes; crear un

marco de legalidad administrativa adecuada a las necesidades del país; fortalecer la separación, independencia y coordinación entre los poderes del Estado, el reconocimiento y garantía de las libertades fundamentales y el control de la constitucionalidad. Todos estos elementos conforman los pilares mínimos para la construcción del Estado constitucional de derecho.

El Estado de Derecho es la garantía real de los derechos y libertades fundamentales de la persona y de que cada agente social pueda disponer de un horizonte confiable para sus actividades y desarrollo. También asegura que la institucionalidad pública se remita a áreas de competencia, sin desbordarse, propiciando que los ciudadanos puedan desplegar sus iniciativas con libertad y seguridad.

IV

La idea de fortalecer el Estado de Derecho, cobra mayor necesidad si se toma en consideración la naturaleza constitucional del Estado nicaragüense. La Constitución Política (producto de las reformas de 1995) establece que la Nación nicaragüense se constituye en un “Estado Social de Derecho” (Art. 130 Constitución Política) y la reforma del año 2014, acertadamente, la constituye en un “Estado Democrático y Social de Derecho (art. 6 Constitución Política)

Artículo 6 Nicaragua (...) Se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho, que promueve como valores superiores la dignificación del pueblo a través de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los Derechos Humanos, la ética y el bien común. Las ciudadanas y ciudadanos y la familia son elementos protagónicos en la toma de deci-

siones, planificación y gestión de los asuntos públicos del Estado.

Este modelo de Estado, producto de la unión de los principios del Estado liberal y del Estado social, supone la superación del Estado guardián, para convertirse en un Estado de carácter interventor en los asuntos sociales, por lo menos en teoría. El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad de su propio poder, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El Estado Social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado en los temas sociales, el Estado social se edifica a continuación en motor activo de la vida social, está llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. La Constitución Política, al crear el modelo de Estado en Social y de Derecho, hace que del Estado-guardián preocupado ante todo de no interferir en el juego social, pasa a configurarse en un Estado intervencionista (Welfare State).²

El Estado liberal y social, representan dialécticamente la tesis y antítesis. La aparición histórica de este último representó un relajamiento y un distanciamiento de las garantías liberales. Esto no significa o implica que la concepción del Estado social o intervencionista sea autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible interés social general, sino también del progreso efectivo de cada una de las personas. Siendo así su natura-

2 Véase Horn, Wolfgang. Estado de derecho y Estado social. En Estado de derecho y democracia, Konrad-Adenauer-Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 173 y siguientes.

leza, no resulta contradictorio con ese Estado Social el imponerse los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio de la persona, no obstante, para impedir que se desarrolle en un Estado intervencionista autoritario. Pero para la gran mayoría de la población el Estado Social es el que les permite hasta avanzada edad una vida relativamente digna, basada en la libre determinación, como expresa Helmut Simon.³ El fortalecimiento del Estado de Derecho no sólo supone la tentativa de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real o social. Así, la fórmula del Estado social que establece la Constitución Política, estaría al servicio de las personas (art. 131 Constitución Política), y tomando partido efectivo en la vida activa de la sociedad, sin temor de que se desborde de los controles del Estado de Derecho.

V

La justicia, bajo el modelo del Estado democrático y social de derecho, ha pasado de considerarse de «sólo factor de desarrollo», a «destinada a impulsar el desarrollo». En la *teoría de la justicia*, John Rawls ⁴ expresa que la justicia está íntimamente relacionada a la satisfacción de los bienes sociales, que permitirán el mejoramiento de las oportunidades de las personas. Este sería, como expresa Gago Priale, “el centro de la estructura de la sociedad: de un lado, la mayoría de libertades de la tradición liberal y democrática, y por el otro, el establecimiento de un cuadro institucional que

3 Los derechos fundamentales. En Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer– Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 195

4 Citado por Horario Gago Priale. La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo, UPCP, Lima, p. 32

permita la distribución de la renta y la riqueza de manera tal que asegure la igualdad de oportunidades”.⁵

La viabilidad de todo desarrollo depende, sin duda, de la estructuración de las instituciones públicas y legales, que organizan políticamente a la sociedad. Sin estas, entre las cuales destaca la justicia (independiente) la comunidad carece de norte y de medios para definir y realizar sus intereses y expectativas comunes. Así, el desarrollo de una sociedad está condicionado, entre otros factores, por un Estado de derecho constitucional y de justicia cuyo desempeño sea eficiente y eficaz. Los derechos humanos en la dialéctica del desarrollo juegan un papel fundamental de principio ordenador del sistema institucional, que definen el modelo constitucional.⁶ Esta correlación llevó a Pérez Luño a considerar “el estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican su realización al Estado de derecho”.⁷

Por esta razón, dice Pérez Luño, “cuanta más intensa se revela la operatividad el Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Esta-

5 La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo, PUCP, Lima, p. 32

6 Gago Priale Horacio. La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo, PUCP, Lima, p. 35

7 Los derechos fundamentales. Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993, p. 19

do de derecho.”⁸ Esto, obviamente, es imposible en sociedades donde no hay constituciones políticas o habiéndolas no hay división de poderes, es decir, en sociedades gobernadas por un Estado absoluto, porque es incompatible con las libertades individuales y políticas. En el estado policial del absolutismo, “el ejecutivo solo necesitaba una orden del soberano para justificar sus actuaciones” en cambio el Estado de derecho “era considerado el hecho de que cualquier acto que interfiriera con la vida de los ciudadanos debía adoptarse en virtud de una ley”.⁹ Esto hace que la importancia del Estado de derecho radique en el “principio general de que toda actuación del Estado debe ser calculable y previsible. Sólo puede existir seguridad jurídica allí donde los ciudadanos saben con exactitud, qué es lo que el Estado puede hacer y qué es lo que ellos mismos deben hacer o dejar de hacer.”¹⁰

La justicia desde este pensamiento, es un mecanismo para el mejoramiento de la calidad de vida y un factor destinado a impulsar el desarrollo, sin perjuicio que no tenga un modelo de desarrollo predeterminado, ya que cada sociedad lo determina según sus necesidades. La justicia para este supuesto, es lo justo, lo cual equivale a un bien tangible, relacionado a lo objetivo y socialmente demarcable,

- 8 Los derechos fundamentales. Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993, p. 26
- 9 Birkenmaier, Werner. El Estado de derecho la RFA. En Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer– Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 85
- 10 Besson, Waldermar y Gotthard Jasper. Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia. En Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer– Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 125

no la justicia trascendental.¹¹ Por esta razón los insumos del desarrollo “deben de provenir del derecho y de la habilidad del Estado de generar o incentivar un sistema jurídico que permita a la sociedad plural articularse internamente y retroalimentarse permanentemente con el mismo Estado.”¹² Esto permite que el desarrollo se convierta en un proceso de “expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos”, como expresó *Amartya Sen*, Premio Nobel de Economía de 1998. Para este desarrollo, es fundamental la eliminación de las fuentes de privación de libertad: “la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas, el abandono de los servicios públicos, la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”. La idea de Sen, según *Gago Priale*, “es el del desarrollo en su acepción integral: humano, social, económico, también político e institucional, y de la libertad real igualmente plena: economía, civil, política. Desarrollo y libertad, entonces, se entrelazan y retroalimentan, no existen ni se dan, menos se hacen sostenibles por su cuenta, mas bien depende el uno de la otra. De la respuesta a la pregunta cuán libre realmente son los ciudadanos de un país de las varias cadenas que existen: pobreza, ignorancia, exclusión, depende el saber si ese país (nuestro país) es nada, poco o mucho desarrollado”.¹³

- 11 La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En *Derecho y Desarrollo*, PUCP, Lima, p. 48
- 12 La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En *Derecho y Desarrollo*, PUCP, Lima, p. 50
- 13 *Gago Priale* Horacio. La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En *Derecho y Desarrollo*, PUCP, Lima, p. 50 – 51. Entre paréntesis es mío.

Tendencias actuales del Derecho penal y procesal penal es una obra producto de la reflexión y discusión al más alto nivel científico de cada una de las profesoras y profesores que integran el cuerpo de especialistas del Programa de Maestría de Derecho penal y Derecho procesal penal, Mar Jimeno Bulnes (España), Luis Miguel Reyna Alfaro (Perú), Gustavo A. Arocena (Argentina), Mario A. Houed Vega (Costa Rica), Ana Paola Hall García (Honduras) y Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua), sobre temas puntuales y de interés vital para el Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo.

La obra se presenta en la I Jornada Internacional de Derecho penal y Derecho procesal penal sobre “Tendencias actuales del Derecho penal y procesal penal”, en la Ciudad de Panamá, viernes 11 de marzo del 2016, en el marco de la ceremonia de clausura del Programa de Maestría de Derecho penal y Derecho procesal penal (tercera edición) que la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá “Dr. Cesar A. Quintero Corrales” del Órgano Judicial y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, realiza bajo la dirección del Magistrado Jerónimo Mejía Edward (CSJ de Panamá) y el Vicerrector General Sergio J. Cuarezma Terán (INEJ, Nicaragua); y la coordinación de Iris Díaz de Nicolás (CSJ, Panamá), bajo el Convenio de Colaboración Académica y Científica que ambas casas, de justicia y de estudio, suscribieron el 14 de diciembre de 2012. La obra cuenta con el apoyo del Instituto Peruano de Política Criminal, Centro de Estudios de Derecho Penal y Económico y de la Empresa, y de LUSO Ediciones, Perú.

ISBN:978-99924-21-29-1



INEJ
Fundado en 1995



CENTRO DE ESTUDIOS
de Derecho Penal Económico y de la Empresa