

Gustavo A. Arocena
Sergio J. Cuarezma Terán
Directores

Luces y Sombras

de los procedimientos penales
en América Latina

Autores

Gustavo A. Arocena
Digna M. Atencio Bonilla
Keymer Ávila
Fabián I. Balcarce
Francisco Belzú Alarcón
Carlos A. Calderón Paz
Sergio J. Cuarezma Terán
Odir Fernández
Nadia Noemí Franco Bazán
Mayda Goite Pierre
Mario A. Houed Vega
Arnel Medina Cuenca
Carlos Alberto Mejías Rodríguez
Luis Miguel Reyna Alfaro



INEJ
Fundado en 1995

GUSTAVO A. AROCENA / SERGIO J. CUAREZMA TERÁN

Directores

Luces y sombras de los procedimientos penales en América Latina

Autores

Gustavo A. Arocena – Digna M. Atencio Bonilla – Keymer Ávila –
Fabián I. Balcarce – Francisco Belzú Alarcón – Carlos A. Calderón Paz –
Sergio J. Cuarezma Terán – Odir Fernández – Nadia Noemí Franco Bazán –
Mayda Goite Pierre – Mario A. Houed Vega – Arnel Medina Cuenca –
Carlos Alberto Mejías Rodríguez – Luis Miguel Reyna Alfaro –

Coordinadores

Daniel Ballistreri – Leandro Marinello

Equipo editorial

- Autores : Gustavo A. Arocena - Digna M. Atencio Bonilla
Keymer Ávila - Fabián I. Balcarce
Francisco Belzú Alarcón - Carlos A. Calderón Paz
Sergio J. Cuarezma Terán - Odir Fernández
Nadia Noemí Franco Bazán - Mayda Goite Pierre
Mario A. Houed Vega - Arnel Medina Cuenca
Carlos Alberto Mejías Rodríguez -
Luis Miguel Reyna Alfaro
- Coordinación editorial : Alicia Casco Guido
Diseño de interiores : Alicia Casco Guido
Diseño de portada : Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-30-7

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

*A todos cuantos, como nosotros,
consideran plausible, incluso necesaria,
la construcción de las bases de una dogmática
penal latinoamericana con identidad propia*

ÍNDICE GENERAL

NUBLADOS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL.....	13
Por Sergio J. Cuarezma Terán	
I. A manera de introducción.	13
II. El nuevo rol de la justicia.	13
III. La reforma de la justicia en una soberanía limitada.	16
IV. La naturaleza de la reforma de la justicia.	18
V. El retorno de viejas políticas autoritarias	21
VI. Plea bargaining System.	28
Consideraciones finales.	34
Bibliografía.	35
¿POLICIALIZAR O JUDICIALIZAR?: REFLEXIONES SOBRE LA FASE DE INVESTIGACIÓN COMO PARTE DEL PROCESO PENAL EN VENEZUELA..	39
Por Keymer Ávila	
I. La fase de investigación como parte del proceso penal.	39
II. Tendencias hacia la “administrativización” del proceso penal: la “policialización” de la investigación penal.	58
Reflexiones finales.	69
Bibliografía.	69
DERECHOS HUMANOS VS. IMPUNIDAD. Una aproximación al funcionamiento y alcances de la CICIG	73
Por Carlos A. Calderón Paz	
I. Introducción.	74
II. Órganos internacionales contra la impunidad.	81
III. El escenario: Guatemala, breves antecedentes.	84
IV. Proceso de paz.	89
V. Acuerdos de Paz.	90

VI. La antecesora de la CICIG, la “CICISACS”.	92
VII. CICIG, fiscalía internacionalizada como alternativa para la investigación y persecución penal.	96
VIII. Que son los “Cuerpos Ilegales de Seguridad y aparatos clandestinos”.	100
IX. Marco jurídico de la CICIG para ejercer funciones.	108
X. Funciones de la CICIG de acuerdo a su mandato.	110
Conclusiones.	134
Bibliografía.	137
LA PRUEBA DE INDICIOS. REFLEXIONES A PARTIR DE SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ DE 2004	141
Por Luis Miguel Reyna Alfaro	
I. Introducción.	141
II. Base legal.	142
III. Elementos de la prueba indiciaria.	142
IV. Los indicios contingentes.	146
V. El indicio de falsa justificación.	148
VI. La valoración de la prueba indiciaria. La trascendencia de la distinción entre indicios débiles e indicios fuertes para la determinación de la probabilidad en la inferencia.	151
VII. Trascendencia de la inferencia y de la motivación del proceso inferencial	152
Bibliografía.	154
PENSAMIENTOS SOBRE LA PROTECCIÓN DEL IMPUTADO FRENTE A INJERENCIAS INDEBIDAS EN SU ÁMBITO PRIVADO, EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA (ARGENTINA) Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE PERÚ	157
Por Gustavo A. Arocena	
I. Introducción	158
II. Sobre las injerencias en la esfera personal de un individuo sometido a proceso penal distintas de las medidas de coerción personal o real principales.	160
III. Algunas formas de injerencia previstas por los ordenamientos jurídicos	163

IV. Elementos para analizar la legitimidad de las injerencias en el ámbito privado del imputado.....	168
V. Disposiciones constitucionales que permiten el cercenamiento de alguno de los derechos que dotan de contenido a la noción de “ámbito privado de la persona” y los necesarios condicionamientos relativos a su contenido sustancial.....	170
VI. Consecuencias que, en el ámbito del derecho probatorio, deben seguir a la inobservancia de los presupuestos genéricos básicos para la legítima intrusión en la esfera personal del imputado	187
VII. Palabras finales.....	189
Bibliografía	189
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA, EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DEL EXPANSIONISMO PENAL.....	191
Por Mayda Goite Pierre y Arnel Medina Cuenca	
I. Introducción.	191
II. La valoración de las reformas procesales en la era de la globalización y del expansionismo penal.	195
III. Prisión preventiva.	202
IV. Las influencias externas en la aplicación de la prisión provisional.	215
A modo de conclusiones.	225
Bibliografía.	227
CONCEPTUALIZACIÓN, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL	231
Por Nadia Noemí Franco Bazán	
I. Concepto de Prisión Provisional.....	231
II. Naturaleza de la Prisión Preventiva.	239
III. Características generales de la prisión provisional.....	243
IV. Conclusiones.	252
Bibliografía.	252

LA IMPOSICIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PROVISIONAL: DEL INQUISITIVO AL ACUSATORIO	
Modificaciones imposterables en el proceso penal cubano.....	255
Por Carlos Alberto Mejías Rodríguez	
I. Introducción.	255
II. Una mirada a la historia, pasando por la actualidad procesal de la cuestión en Cuba.	258
III. La naturaleza jurídica - procesal de la prisión provisional y el estado jurídico de inocencia.	263
IV. Los presupuestos legales para imponer la prisión provisional y las problemáticas que se presentan en el sistema procesal cubano.	265
V. El plazo razonable de la prisión preventiva. Términos y permanencia. .	277
VI. Órganos facultados. La necesaria intervención del juez natural.	280
VII. Razones para el cambio y propuestas de lege ferenda.	283
Conclusiones.	284
Bibliografía.	285
LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO IMPOSICIÓN ANTICIPADA DE LA SANCIÓN PENAL. La gravedad del delito en la aplicación de la detención preventiva como medida cautelar	289
Por Francisco Belzu Alarcón	
I. Introducción.	289
II. El objeto y fin del proceso penal y la necesidad del régimen de medidas cautelares.	291
III. Medidas cautelares y garantías constitucionales.	294
IV. El juez cautelar como contralor de garantías dentro de la investigación.	295
Conclusiones.	301
Bibliografía.	305
FACTORES QUE INFLUYEN EN LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES	307
Por Odir Fernández	
I. Implementación de modelos económicos represivos.	307

II. Ausencia de Cultura de democracia en la sociedad.	309
III. Implementación de políticas criminales incompatibles con el modelo democrático: Las Consecuencias de la Política de “Cero Tolerancia”.	311
IV. Factores Extrajurídicos.	320
V. Factores Jurídicos.	324
VI. Bibliografía.	327
 ORAL LITIGACIÓN DE TÉCNICAS. ADVERSARIAL PROCESO	 329
Por Gustavo A. Arocena y Fabián I. Balcarce	
I. La razón del título.	329
II. Coaching coercitivo: La venta de cosméticos.	330
III. Oralidad: Sí, acepto.	337
IV. Delitos que encuentran solución: Alegando la propia torpeza.	344
V. Litigación: Of course.	346
VI. Adversarial: Goliath contra David.	349
VII. Proceso: Indebido.	350
Conclusión: Ud. ha sido utilizado.	351
Bibliografía.	352
 LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL MODELO PENAL ACUSATORIO: LA EXPERIENCIA PANAMEÑA	 355
Por Digna M. Atencio Bonilla	
Introducción.	355
I. Generalidades	356
II. Los Medios de Impugnación.	357
III. Recurso de Reconsideración.	358
IV. Recurso de Hecho.	359
V. Recurso de Apelación.	360
VI. Recurso de Anulación.	361
VII. Recurso de Casación.	371
VIII. Acción de Revisión.	377
Conclusiones.	383

Bibliografía.	383
<p>LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL COSTARRICENSE. ORIGEN Y APLICACIÓN.</p>	
	387
<p>Por Dr. Mario A. Houed Vega</p>	
Introducción.	387
I. Aspectos generales.	390
II. Mecanismos o procedimientos alternativos en general.	395
Conclusiones y recomendaciones.	443
Bibliografía.	443

NUBLADOS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Por Sergio J. Cuarezma Terán¹

Sumario: I. A manera de introducción. II. El nuevo rol de la justicia. III. La reforma de la justicia en una soberanía limitada. IV. La naturaleza de la reforma de la justicia. V. El retorno de viejas políticas autoritarias VI. *Plea bargaining System*. Consideraciones finales. Bibliografía.

I. A manera de introducción

La solidez de las instituciones de justicia y del Estado de Derecho, en cualquier país, constituye la base del buen funcionamiento de las instituciones políticas y de los procedimientos democráticos. Hay un vínculo axiológico y práctico entre la calidad del Estado de Derecho y la estabilidad política y el desarrollo económico y social de la sociedad. Esta correlación de las sociedades y una creciente expectativa que se vincula con estándares de mayor acceso a los sistemas de justicia y de resolución de conflictos, es un derecho a la satisfacción de expectativas de derechos y garantías de la población. Hoy día, el desarrollo debe sustentarse en mayores niveles de equidad y de acceso de todas las personas a las oportunidades. Estas condiciones de equidad, participación y seguridad, suponen la existencia de instituciones públicas fuertes, ágiles, transparentes y eficaces, especialmente de la justicia, pero una independiente e imparcial, un árbitro que pueda hacer respetar las reglas (previas) del juego democrático y generar, en consecuencia, seguridad jurídica.

II. El nuevo rol de la justicia

La justicia (y su reforma), en esta línea de pensamiento, viene ocupando, aunque con lentitud, un plano importante dentro de los temas políticos e institucionales de la región. La razón de ello es evidente, la región no había

1 Profesor de Derecho penal. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. www.sergiocuarezma.com.

enfrentado con la profundidad requerida y, por tanto, el tratamiento debido a la cuestión de la justicia, la cual ha evolucionado muy lentamente en el pasado siglo.

Para el profesor Ramón de la Cruz Ochoa,

«la desigualdad entre desarrollo económico y político, incluso institucional con la organización de la Justicia ha contribuido al agotamiento y deterioro de las estructuras y procedimientos judiciales, y a la llamada «crisis» de la que tanto se habló en la postrimería del siglo XX».²

Esta crisis de la justicia y su reforma se manifestó en un proceso mundial de cambios y transformaciones de los sistemas políticos, por ejemplo, el desmantelamiento de los regímenes socialistas, la aparición de un nuevo orden político y el nacimiento de la globalización, en la cual, la economía y las finanzas ocupan una atención singular. Estos cambios obligaron que el tema de la justicia, pasara a considerarse no «sólo factor de desarrollo», sino «destinada a impulsar el desarrollo». Así, la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como fundamento para su reforma la promoción y la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico (justicia y economía), como un presupuesto para en la seguridad de las inversiones económicas, financieras y empresariales, y por tanto, asegurar las grandes inversiones extranjeras directas en la región. La justicia y su importancia, pasa pues, de un interés «local» a un interés «regional», y, su fundamentación del plano de los «derechos humanos», al plano predominantemente «económico». En la *teoría de la justicia*, John Rawls³ 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 permita la distribución de la renta y la riqueza de manera tal que asegure la igualdad de oportunidades”.⁴

2 De La Cruz Ochoa, Ramón, *Reforma de la Administración de Justicia en América Latina*, Conferencia Pronunciada en el Congreso de la Asociación Americana de Juristas celebrado en La Habana, Cuba, 18 de octubre, 2000.

3 Gago Priale, H, *La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos*, Derecho y Desarrollo, UCP, Lima, 2011, p. 32.

4 *Ibidem*.

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 *principios verdaderos* del sistema institucional, que definen el modelo constitucional. Esta inescindible correlación llevó a Pérez Luño⁵ 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”. Por esta razón, dice Pérez Luño,⁶ “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 Estado de derecho” 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*”.⁷ 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.”⁸

La justicia desde este rincón, es un mecanismo para el mejoramiento de la calidad de vida y un factor destinado a impulsar el desarrollo, sin perjuicio

5 Pérez Luño, A, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993, p. 19.

6 Pérez Luño, A, op. cit., p. 26.

7 Birkenmaier, W., “El Estado de derecho la República Federal Alemana”, en AA. VV., *La noción del Estado de derecho: evolución histórica y elementos, Estado de derecho y democracia*, Konrad –Adenauer- Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 85.

8 Besson, W. y otro, “Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público” en AA. VV. *Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia, Estado de derecho y democracia*, Konrad –Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, 1997, p. 125.

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, no la justicia trascendental.⁹ 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”.¹⁰ 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, más bien depende el uno de la otra. De la respuesta a la pregunta cuán libres 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”.¹¹

III. La reforma de la justicia en una soberanía limitada

Esta reforma regional, y la visión renovada de la justicia como “impulsora del desarrollo” económico, pasa además por un momento de transnacionalización de sus Estados y de sus soberanías “limitadas”. Mediante estos procesos, señala el profesor de la Universidad de Western, Ontario, Andrés Pérez Baltodano,¹² «el Estado transfiere importantes cuotas de poder a los centros transnacionales alrededor de los cuales se organiza la globalización, adquiriendo niveles de inmunidad ante las sociedades de estos Estados. Todo ello deteriora los poderes nacionales o bien, anula todo intento de construcción de un Estado originado del consenso contractual de la sociedad. La pérdida del poder de los Estados es parte de la globalización, reduce a los actores

9 Gago Priale, H., op. cit., p. 50.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 Pérez Baltodano, Andrés, “El futuro de las identidades políticas de América Latina”, *Confidencial*, en *Semanario de Información y Análisis*, n° 233, 2001, p. 1.

nacionales a la impotencia frente a los problemas reales que se plantean en sus comunidades».

Para Zaffaroni,¹³ la globalización, «como momento de poder mundial consecuente de la revolución tecnológica, presenta una serie de contradicciones, pero el elemento más notorio es la pérdida de poder por parte de los Estados nacionales». Bob Jessop citado por Andrés Pérez Baltodano,¹⁴ plantea que

«el aparato estatal transnacionalizado sufre una pérdida progresiva de unidad en términos de la coherencia vertical entre los diferentes niveles de organización, y de coordinación horizontal entre las diferentes áreas de actividad estatal. En estas condiciones, el Estado pierde capacidad para promover la integración social y la formación de identidades políticas nacionales. La transnacionalización del Estado en la región, además, obstaculizará las posibilidades de desarrollo de verdaderas sociedades civiles fundamentadas en estructuras efectivas de derechos ciudadanos. La transnacionalización del Estado disminuye significativamente la capacidad de la política democrática y de la participación política organizada como fuerzas constitutivas de la Nación. La pérdida de poder local crea normas y valores determinados por la racionalidad e intereses del poder transnacional que condicionan a los estados nacionales debilitados e inducen a las sociedades a aceptarlos como parte del progreso».

Un ejemplo de esta exigencia, es la reforma de la justicia. Las reformas en materia de justicia, y en particular, de la penal, fueron condicionadas de forma exógena (sin perjuicio de la necesidad de reformarlas), y no se construyeron desde las particulares necesidades y contradicciones de la sociedad, sino, como expresa Daniel Giarone,¹⁵ para “someter a los poderes judiciales y a evitar que los tribunales se conviertan en un escollo mayor del que hoy representan” en el actual orden mundial y latinoamericano, “justo cuando los Estados Unidos intentan afianzar su hegemonía en la región a través del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) y los Estados nacionales resignan el ejercicio de su soberanía frente a las exigencias de los organismos internacionales de crédito y el capital financiero transnacional”, en tal punto, que “las bases conceptuales de la reforma de la justicia fueron sentada por

13 Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 10-11.

14 Pérez Baltodano, op. cit., p. 2.

15 Giarone, Daniel, Disponible en World Wide Web: <http://www.visionjusticia.f2s.com/justiciaSA.htm>, 2001, p. 1.

las entidades multilaterales fundamentalmente por el Banco Mundial, quien comenzó a sistematizarlas a partir de 1992”. Siempre bajo este criterio, Germán Burgos, investigador colombiano de los procesos reformistas, establece que “para el Banco Mundial, el BID y el FMI, la necesidad de reformas de los marcos legales en los países en vías de desarrollos, aparece como condición central para el éxito del modelo económico orientado por el mercado”.¹⁶

En esa línea de pensamiento, podemos observar que la reforma regional de la justicia, y en particular la de Nicaragua (sin perjuicio de sus aspectos positivos), estuvieron inducidas o condicionadas por los países centrales o industrializados para optar a un nuevo modelo de justicia y, por su coste, a menor acceso a la justicia, nos referimos al *Common Law*. Este sistema de tradición anglo-sajona, como advierte Umaña,¹⁷ «desarrollado en principio en el Reino Unido y traslado posteriormente a Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, está basado en el precedente judicial, más que la legislación escrita. Se contrasta con el sistema de la tradición del Derecho Civil o Tradición Romano Germánica donde la fuente primaria del derecho es la norma escrita».

IV. La naturaleza de la reforma de la justicia

En el contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, como expresa Ramón de la Cruz Ochoa,¹⁸

«no debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos»,

Lo cierto es que ambas categorías merecen tutelas, los derechos humanos y la seguridad de las inversiones, cada cual con sus matices, la primera, por ser fundamento vital del Estado de Derecho, y la segunda, para la promoción de las inversiones y el consecuente desarrollo económico de la región. Hay un acuerdo común respecto a que el proceso de liberación económica que vive

16 Giarone, D., op. cit., p. 1-2.

17 Umaña, Mario, *Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica*, 2002. Documento en proceso, disponible en World Wide Web: <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>, p. 28.

18 De La Cruz Ochoa, R., op. cit.

la región, y Nicaragua, plantea relevantes exigencias de reformas legales e institucionales, encaminadas a asentar estratégicamente esos procesos y, a la vez, para hacer frente a las múltiples desigualdades sociales heredadas y provocadas por modelos económicos desprovistos de un perfil humanístico en su esencia de funcionamiento.

Para De la Cruz Ochoa,¹⁹

«la reforma de los sistemas de justicia ha sido estimulada en gran medida por actores internacionales económicos, países desarrollados donantes y otras instituciones internacionales. Estas ocurren en el marco de la modernización del Estado y se ofrecen como argumento los vínculos estrechos entre crecimiento económico y sistemas legales y de justicia eficaces, informalizados, accesibles, previsibles, entre otros. Esta cruzada internacional por la transformación legal y judicial llevada a cabo por muchas agencias internacionales no tiene en cuenta las justificaciones y el sentido político de la reforma legal y de la administración de justicia judicial que deben tener en la región y sólo su preocupación económica asume y promueve las reformas como cambios técnicos necesarios para una modernización adecuada del Estado y un crecimiento económico guiado por el mercado».

Estas reformas para Giarone,²⁰ denominadas de segunda generación, constituyen el complemento político de las reformas macroestructurales. “A principios de los ’90, a través del llamado Consenso de Washington, los Estados Unidos se propusieron adaptar la economía latinoamericana a las nuevas bases del capitalismo mundial. El protagonismo del capital privado en el marco de la economía de mercado, la redefinición del rol del Estado, las privatizaciones de empresas públicas y la reducción del déficit fiscal constituyeron los cimientos de las nuevas políticas diseminadas en la región. La seguridad jurídica para los grandes inversores y la legalidad de las nuevas reglas de juego pasaron a ser una cuestión esencial”.

Esta tendencia de la reforma judicial desarrollada exclusivamente con lineamientos técnicos y económicos, como lo plantea De la Cruz Ochoa, sin atender el tema de los derechos humanos, debe de generar una atención y preocupación particular en la sociedad regional, y nacional, porque incide en la vida cotidiana de las personas en sus países. Es decir, si el enfoque de la reforma de la justicia está orientada a lo económico, sin duda, este modelo de justicia (economicista) determinará, queramos o no, el contenido de la refor-

19 *Ibíd.*

20 Giarone, D., *op. cit.*, p. 2.

ma de la justicia, el modelo y la función de las instituciones de la administración de justicia y su normativa orgánica, sustantiva y procesal. Esto sucedió en el modelo económico colonial, que para su seguridad estableció el modelo de justicia penal inquisitivo (europeo continental), como expresión de dominio hegemónico de aquel momento histórico. Por su parte, hoy, el modelo de mercado económico de la globalización impone su propio modelo de justicia penal, el modelo acusatorio (con un fuerte componente inquisitivo).

Dichos en palabras más sencillas, “el nuevo modelo económico necesita legitimarse a través de su legalización”.²¹ Este autor recuerda que durante la “Conferencia del Banco Mundial sobre la Reforma Judicial en América Latina y el Caribe”, realizada en Washington durante el 13 y 14 de junio de 1994, la entidad crediticia estableció que la reforma judicial “debe promover un ambiente judicial y jurídico que sea el instrumento que haga posible la financiación, la inversión y el intercambio” y sugirió que “la implementación con éxito de cambios fundamentales de política en el ambiente empresarial y en el sector financiero requiere normalmente cambios igualmente fundamentales en el marco institucional y jurídico global”.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en una investigación sobre la Seguridad Jurídica e Inversiones realizado en Centroamérica y Panamá²² pone de relieve la relación justicia y economía. Esta investigación que trata, entre otras cosas, sobre el concepto de seguridad jurídica, sistema de registro, inseguridad ciudadana e inversión, expropiación e indemnización e inversión, protección a la propiedad intelectual e industrial e inversión extranjera, legislación ambiental y ordenamiento territorial ante la inversión extranjera, clima de negocios e inversión, competitividad e inversión, establece que

«para empresarios de sesenta y nueve países, son importantes para la inversión económica la credibilidad del Estado, la previsibilidad de las normas y de las políticas, las percepciones sobre la estabilidad política y seguridad de la propiedad, la relación Estado-Empresas, la incertidumbre creada por la ineficiencia del gobierno en la prestación de servicios, la importancia de la criminalidad, la confianza en la aplicación de la ley por la justicia, las trabas burocráticas y la importancia de la corrupción».

Los presidentes reunidos en la Segunda Cumbre, realizada en Santiago de Chile en abril de 1998, dos años antes de la investigación del PNUD, decla-

21 Giarone, D., op. cit., p. 3.

22 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Seguridad Jurídica e Inversiones, Acceso a la Justicia en Centroamérica y Panamá. San José, Costa Rica, 2000.

raron estar “convencidos que una administración de justicia independiente, eficiente y eficaz, juega un papel esencial en el proceso de consolidación de la democracia; fortalece su institucionalidad; garantiza la igualdad de todos sus ciudadanos; y **contribuye al desarrollo económico**”, por lo que se comprometieron a reforzar “nuestras políticas de justicia” y a impulsar “aquellas reformas que sean necesarias para promover la cooperación jurídica y judicial”.²³

V. El retorno de viejas políticas autoritarias

Estas reformas de corte economicistas, han empujado a la región a importar políticas puramente represivas, como, por ejemplo, la denominada “ley y orden”, “tolerancia cero” o “Derecho penal del enemigo” que tienden a “criminalizar la pobreza”.²⁴ Este tipo de política tiene un grave impacto en los derechos humanos, especialmente de los derechos fundamentales de las personas sometidas a investigación policial, controlada legal y fácticamente por los órganos represivos de seguridad. Esta política punitiva, en palabras de Eduardo Galeano,²⁵ no es otra que «la represión plan bestia, pócima mágica elogiada por los medios de comunicación, se descarga generalmente con saña sobre los sectores marginales y otras minorías».

La reforma abre la puerta para el retorno de la vieja concepción de la policía autoritaria del siglo XIX, contexto en el cual esta agencia represiva se originó, primero, como institución de carácter urbano y, segundo, con el objeto de cuidar o proteger, “la enorme concentración de riqueza y, a la vez, cuidar la “concentración” de la miseria”.²⁶ Precisamente, la globalización de la economía ha traído consigo, según palabras de Muñoz Conde,²⁷ un “aumento de una población subproletariada, con gran número de desempleados, escasa cualificación laboral, emigración ilegal (...) que lógicamente está abocada a la delincuencia, o por lo menos a un cierto tipo de delincuencia de super-

23 Giarone, D., op. cit., p. 4. La negrita me pertenece.

24 Muñoz Conde, F., *De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2009, p. 36.

25 Galeano, Eduardo, *Patas Arriba, La Escuela del Mundo al Revés*, Siglo XXI editores, México, 1999, p. 88.

26 Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 9; Cuarezma Terán, Sergio et al. “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: El Caso Nicaragua”, en AA. VV., *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Ambos, Kai, Juan-Luis Gómez Colomer y Richar Vogler. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., 2003, p. 423)

27 Muñoz Conde, op. cit., p. 36-37.

vivencia”. Esta globalización del modelo económico, provoca una reducción del Estado social de derecho y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario, y la idea de tolerancia cero (menos garantías más represión) no es más que la expresión “de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere extender a todo el mundo, independientemente de las diferencias económicas, culturales y sociales de cada país”.²⁸

A. LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el Código procesal penal (CPP), la investigación criminal, podrá ser iniciada y desarrollada por la Policía Nacional (en adelante PN) de forma autónoma o en coordinación con el Ministerio Público (MP). La policía no depende del MP, sino del Poder ejecutivo, según su ley orgánica. La PN y el MP sólo se *coordinan* entre sí, no hay niveles de subordinación ni jerárquico ni funcional. Esto se debió, al temor del Poder Ejecutivo a la hora de discutir y aprobar la ley en el Poder legislativo, de perder el control *político* de la policía en esta materia (investigativa) tan sensible en la dinámica de la política nacional. El Poder ejecutivo, en el contexto de la reforma de la justicia penal, y teniendo en consideración otras experiencias regionales, optó a que la PN coordinara (cuando lo creyera oportuno) su trabajo de investigación con el MP, pero que por ningún motivo se subordinara al MP, las razones son obvias, si el MP no respondía a dicho Poder, al menos con el control de la PN evitaría que el MP pudiera orientar a esta contra del mismo en actos concretos de investigación. Esta realidad se debe, en gran medida, a la politización de las instituciones del Estado nicaragüense por parte de los partidos políticos, que lejos de considerarlas como instituciones propias del Estado de derecho, las consideran como piezas determinantes en el juego y rejuego de la política nacional.

La PN, sea por iniciativa propia, o por petición del fiscal, deberá proceder a investigar cualquier hecho que pudiera constituir delito o falta, reunir los elementos de investigación para dar base al ejercicio de la acción penal por el MP. Así, la PN tiene la atribución por mandato legal de realizar las actividades de investigación para el descubrimiento y comprobación de hechos presuntamente delictivos. La investigación de delitos se efectúa conforme a las reglas lógicas, técnicas y métodos científicos propios de la actividad. Finalizada la investigación, la policía presenta el resultado de la investigación (*informe*), al MP. La PN, en el proceso de investigación, tiene la atribución de velar por la conservación de lo relacionado con la investigación, buscar a personas que puedan dar información de lo investigado, preservar la escena

28 Ibidem.

del crimen, realizar inspecciones y todo tipo de operaciones técnicas necesarias, requerir informes a instituciones públicas y privadas, realizar allanamientos, requisas, inspecciones y solicitar al juez la autorización de actos de investigación que puedan afectar derechos constitucionales.

1. Actos de investigación

En la fase de investigación el Código procesal penal (CPP) establece dos tipos de actos de investigación, unos, que requieren de autorización y, otros actos de investigación, que no requieren orden del juez para llevarse a efecto.

Actos de investigación que requieren de autorización judicial

Los actos que requieren de autorización judicial son, entre otros, el anticipo de prueba personal, interceptación de comunicaciones escritas, telefónicas y electrónicas, secuestro de bienes, allanamiento y registro de morada, exhumación de cadáveres, investigación corporal, clausura de locales (plazo mayor de 48 horas hasta por 30 días) e información financiera. Hay que advertir que en la realización de los actos de investigación, el juez, una vez que expide la autorización del acto de investigación concreto, no juega un papel activo para el *control* de la ejecución de dichos actos de investigación, para que se realicen conforme a los parámetros constitucionales y legales.

Actos de investigación de urgencia sin autorización judicial

Empero, la PN puede realizar actos de investigación que afecten derechos fundamentales, sin orden judicial. Esto, que constitucionalmente no es posible, lo es a través de una curiosa figura o cláusula procesal denominada *convalidación judicial*, una figura que opera como fraude a la Constitución Política.

En “caso de *urgencia se practicará el acto sin previa autorización*, pero su validez quedará supeditada a la *convalidación del juez*, la que será solicitada en un plazo de veinticuatro horas. Si el juez apreciara además que en la práctica del acto se ha incurrido en delito, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público” (art. 246 CPP) (en cursiva es nuestro).

Arto. 246 (CPP). “Autorización judicial. Para efectuar actos de investigación que puedan afectar derechos consagrados en la Constitución Política cuya limitación sea permitida por ella misma, se requerirá autorización judicial debidamente motivada por cualquier juez de Distrito de lo Penal con competencia por razón del territorio. Una vez iniciado el proceso, es competente para otorgar la autorización, el juez de la causa.

En caso de urgencia se practicará el acto sin previa autorización, pero su validez quedará supeditada a la convalidación del juez, la que será solicitada

dentro de un plazo de veinticuatro horas. Si el juez apreciara además que en la práctica del acto se ha incurrido en delito, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público.

Si esta autorización es decretada luego de celebrada la Audiencia Preliminar o la Inicial, según se trate, el defensor deberá ser notificado y tendrá derecho a estar presente en la práctica del acto”.

Esta norma está configurada para que los derechos fundamentales del imputado no sean un obstáculo en la actividad investigativa de la PN y, en consecuencia, promover un Derecho penal *eficiente*. Observemos que la norma advierte al juez que el acto debe de convalidarlo, y en el caso aprecie la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento al MP, pero no que el mismo no se convalide o anule. También podemos observar que la norma no faculta al juez a valorar qué debe entenderse por *urgencia* y si realmente requería o no una orden judicial para llevarlo a cabo, y poner en duda su valor legal.

Respecto al valor del acto de investigación de urgencia, todo indica que es *temporal*. La norma dice, “en caso de urgencia se practicará el acto sin previa autorización, *pero su validez quedará supeditada a la convalidación del juez, la que será solicitada dentro de un plazo de veinticuatro horas*”. En esta afirmación la norma supedita la validez del acto a que el mismo sea solicitado dentro de un plazo de veinticuatro horas, de lo contrario, queda sin validez.

Dicho en otras palabras, el CPP autoriza a la PN llevar a cabo actos de investigaciones al margen de la autorización del juez (actos ilegales de investigación), luego el agente policial (directamente) comparece al despacho del juez y le pide que «convalide» el acto ilegal en un acto legal para que luego pueda ser integrado en el proceso como medio de prueba, siempre que el hecho no sea delito, a pesar de que el acto de *urgencia* en sí mismo es delictivo (según sea el caso, el acto podrá constituir delitos de violación de domicilio, delitos contra la privacidad, delitos de daño a la propiedad, entre otros). La norma en su parte *in fine* establece que debe notificarse a la defensa, sólo “si esta autorización es decretada luego de celebrada la Audiencia Preliminar o la Inicial”, y en este supuesto, la defensa “tendrá derecho a estar presente en la práctica del acto”, o sea, en el acto de convalidación.

Actos de investigación que no requieren autorización judicial

Los actos de investigación que no requieren autorización judicial son, entre otros, reconocimientos de personas y pluralidad de reconocimientos, reconocimiento fotográfico, inspección corporal, registro de vehículos, naves y aeronaves, levantamiento e identificación de cadáveres, allanamiento de morada (cuando se produzca por incendio, persecución actual e inminente, etc.),

allanamientos de otros locales, clausura de locales (por un plazo de 48 horas), devolución de objetos, secuestro de bienes (sin afectar derechos constitucionales) e identificación de objetos.

2. *Detención (administrativa policial) de las personas sin autorización judicial*

Respecto a la detención de las personas, el CPP determina que puede efectuarse por orden judicial o por un policía o un particular si la persona es sorprendida cometiendo un delito; o perseguida huyendo del sitio del hecho o se le sorprenda cerca o en el mismo lugar del delito, portando armas, instrumentos y otros objetos que hagan presumir su participación en el hecho.

En el caso de la PN, y fuera del supuesto expresado en el párrafo anterior, el CCP establece que la detención puede llevarse a cabo por orden de los jefes de delegaciones de la Policía Nacional, dentro de las 12 horas desde que se tuvo conocimiento de haberse cometido el delito; o cuando exista probabilidad fundada de que se haya cometido un delito.

El CPP consolida al policía como un agente de instrucción, en el nuevo *juez de instrucción*, le confiere además la facultad que aquel también tenía, detener a la persona investigada sin orden judicial, la degradación del Estado de derecho en un Estado de policía.

En este periodo de detención la persona queda en manos de los órganos de investigación de la policía y luego a manos del MP, a pesar de que la Constitución Política establece que una persona debe ser detenida sólo con orden judicial, convirtiéndose, el órgano policial, en un órgano de instrucción (inquisitivo) con poder de detener sin orden judicial. Lo mismo que hacía el juez de instrucción en el proceso inquisitivo, ahora lo lleva a cabo la policía, convirtiéndose por tanto el órgano de investigación policial en un *auténtico* juez de instrucción, en un órgano de detención, de investigación, de acusación y de resolución, sin control alguno.

Hay que destacar además, sin perjuicio de lo anterior, que el CPP atribuye a la PN extensas facultades para la fase de investigación policial, esto sin contar o sumar a la PN (sea de forma directa o indirecta), las también extensas facultades que el MP tiene derivadas tanto de su Ley Orgánica como del CPP que las ejecuta en coordinación con la PN. Este tema es sensible, si tenemos en consideración que, para el caso de Nicaragua, la PN depende del Poder ejecutivo, lo que hace que se convierta en un factor distorsionante de la investigación. Cuando el Poder ejecutivo no quiere que se investigue, el fiscal queda sin la cooperación necesaria y, por ende, en imposibilidad de hacerlo. No basta con la formalidad legal que la PN debe investigar los delitos o fal-

tas, puesto que es sabido, como expresa, y con razón, Zaffaroni,²⁹ «que ésta averigua si lo desea, es decir, que en caso contrario se limita a cumplir órdenes y está en condiciones de desviar gravemente la investigación con total impunidad, pues no tiene nadie capacidad de controlarla». En este sentido, Zaffaroni³⁰ pone de manifiesto que el problema no se resuelve cambiando de nombre a las instituciones: si el MP (el nombramiento del Fiscal General) depende del Poder ejecutivo (en el supuesto de que éste sea seleccionado por la Asamblea Nacional de la propuesta del Poder ejecutivo) y la PN una dependencia de éste, la investigación a cargo del mismo no sería un paso hacia el sistema acusatorio, sino la puesta de la investigación de todos los delitos bajo los dictados e intereses del Poder ejecutivo o, lo que es lo mismo, que la PN se haya transformado de *facto* en MP, y este en el brazo ejecutor de aquel.

El ILANUD ha tratado este tema de forma muy amplia. Diez y siete años después de iniciada la reforma de la justicia penal en la región, llevó a cabo una investigación en Latinoamérica,³¹ bajo la dirección científica del profesor Zaffaroni, sobre *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. En esta investigación se destaca el poder autónomo de la policía, que debilita la consolidación del sistema acusatorio, favoreciendo por ende a “modelos autoritarios de justicia penal. No otra puede ser la conclusión cuando se reduce a la mínima expresión el rol protagónico que el Ministerio Público debe asumir en el proceso penal, al extremo de someterlo al regateo de sus atribuciones con otros órganos de poder”.³²

También advierte que la delegación de la “instrucción en la policía” por parte de fiscales a los que el volumen del trabajo no les impide realizarla personalmente, conduce por razones estructurales a la formación de un “poder policial autónomo al que se le van tolerando vicios que se disimulan: no se pregunta cómo se llega a las noticias, se admiten explicaciones absurdas y banales, se acepta tácitamente el trabajo con informantes pagos con impunidad”.³³ La cuestión se torna paradójica cuando, en casos aislados, el fiscal quiere investi-

29 Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 7-11.

30 *Ibidem*.

31 Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007.

32 Zaffaroni, *op. cit.*, p. 49.

33 *Ibidem*, p. 19.

gar y “la policía le niega auxilio material”.³⁴ Lo cierto, dice el informe, es que esto “pone de manifiesto que la investigación puede llegar a valerse de medios ilícitos aunque tolerados por quienes deben de controlar la legalidad del proceso, mientras lo haga la policía”.³⁵ En todo caso, como se advirtió arriba, la investigación afirma, que las policías (dependientes del poder ejecutivo) terminan siendo “las verdaderas autoridades de instrucción o sumario”.³⁶

Este hecho, que la policía sea la verdadera autoridad de instrucción, sin duda tiene un impacto sobre los derechos humanos de la persona sometida bajo su investigación. La investigación de ILANUD,³⁷ en la cual se estudió el caso de Nicaragua, arroja datos de graves violaciones de los derechos fundamentales en la instrucción policial de las personas imputadas, propias de un modelo procesal inquisitivo.

En la etapa de la instrucción penal practicadas por los cuerpos policiales, se advierte, entre otras cosas, que a los detenidos (imputados) no gozan del derecho a la presencia de un defensor y se encuentran incomunicados; que las declaraciones que brindan los detenidos en la policía en el proceso el judicial no las excluye, les da valor probatorio *contaminando* la imparcialidad de los jueces, legitimando el modelo materialmente inquisitivo en sede acusatorio; que la policía y el Ministerio Público asumen poderes *arbitrarios* o *incontrolados*; también que el hecho de que la detención, custodia y alojamiento del detenido o imputado recaiga en un mismo cuerpo, debilita la defensa del detenido; que respecto al valor procesal de la prueba obtenida ilícitamente, quedó claro que existen en las normas procesales y prácticas judiciales orientadas a salvar las deficiencias en la investigación policial para permitir una valoración positiva de los elementos obtenidos ilícitamente; que estos vicios por parte de la judicatura revela que se ha adoptado a nivel latinoamericano una doctrina jurídica de origen europeo que propicia estados legales de derecho y no estados constitucionales de derecho, privilegiando la seguridad de respuesta por sobre la seguridad jurídica.

Para Hassemer,³⁸ el Estado ha cambiado fundamentalmente su papel, “de una amenaza a los derechos individuales se ha convertido ahora en un garante

34 *Ibidem*, p. 19.

35 *Ibidem*, p. 19.

36 *Ibidem*, p. 21.

37 *Ibidem*, p. 47.

38 Hassemer, W, “El Derecho penal en el Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en AA. VV., *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Editorial B de F, Argentina, 2009, p. 186-187.

de la seguridad. La clásica relación de tensión entre la seguridad y la libertad, que se manifiesta en la experiencia, en donde el aumento de la seguridad frente al delito debe ser organizada mediante el Derecho penal y acompañada de limitaciones a las libertades públicas, ya no constituye algo vivo”.

VI. Plea bargaining system

Cuando todo indicaba que la prueba de la confesión, como reina de las pruebas en el modelo procesal inquisitivo quedaba abolida con la reforma de la justicia penal, esta surge, y con mayor vigor, en una versión mejorada denominada la *plea bargaining system*.

Este sistema, injertado en la justicia de la región, y con gran profundidad en el nicaragüense, ha instaurado una «justicia rápida» (*fast justice*) más pudorosamente traducido como negociación.³⁹

La *plea bargaining system* (regateo de la justicia), de tradición anglo-norteamericana, es consecuente a la naturaleza economicista de la reforma de la justicia. Esta institución excluye al juez del conflicto, igual que en el mercado libre excluye a los agentes reguladores, y pone en manos de particulares (fiscal y defensor) la decisión del caso penal que debería estarlo en la figura del juez constitucional. En este sentido, según De Diego Díez,⁴⁰ para los *econometricians* la *plea bargaining* es un “mal necesario” y propugnan su mantenimiento como algo deseable.

«Para ellos el proceso penal no es sino un sistema de mercado, un método de distribución de recursos escasos, y dan por supuesta la imposibilidad de los operadores judiciales de variar el *quantum* de los recursos disponibles. A partir de estas premisas afirman –en armonía con la concepción de libre mercado propugnada a nivel económico- que la intervención “reguladora” de la autoridad pública, identificada en el proceso penal con la decisión del Juez sobre la pena, puede dar buenos resultados solo si el “precio” fijado por la autoridad competente coincide con el que las partes contratantes han convenido”.⁴¹

39 Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 7-11.

40 De Diego Díez, Luis Alfredo, “La *plea bargaining* de los EE.UU”, en AA. VV., *Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 61.

41 *Ibidem*, p. 61 – 62.

FEELEY,⁴² la compara

«con los supermercados en los que los precios de los distintos productos están claramente fijados y etiquetados [...]. En un supermercado, los clientes pueden quejarse de los precios, pero raras veces regatean [bargain] para que se les rebaje»

La plea bargaining o regateo de la justicia promueve procedimientos «reacios a los preceptos éticos, que nada tienen que ver con la justicia ni la equidad», como expresa José Carlos Barbosa Moreira,⁴³ que la reforma pretendía eliminar del viejo modelo inquisitorial. Este sistema de justicia, llamados por algunos, justicia mil por horas o la *macdonalización* de la justicia, «encierra un peligro en la pretensión de implementar formas rápidas de condena- ción, que pretenden que nada quede por escrito, creando la ilusión expeditiva y pragmática».⁴⁴ O, dicho en palabras de Hassemer,⁴⁵ el *deal* es un instrumento desformalizador, el cual “abarata y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes”.

Para Zaffaroni,⁴⁶ en la investigación comparativa, *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, «la publicidad con que se divulgan estos modelos en la región es preocupante, porque puede ser fácilmente vendible a los políticos preocupados por las demandas públicas de una justicia penal más rápida». Para Zaffaroni,⁴⁷ estas propuestas, dadas las características de la región, «no llevarían más que a un proceso penal destinado a la rápida y barata condena- ción de pobres, perfectamente compatible con el modelo economicista incompatible con la dignidad de la persona».

En los foros académicos y científicos de los Estados Unidos esta institución es duramente criticada, a tal punto que un eminente Magistrado no vaciló en

42 *Ibidem*, p. 52.

43 Barbosa Moreira, José Carlos, “La Transacción Penal Brasileña y el Derecho Norteamericano” en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 17, 2000, p. 52.

44 Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007, p. 46.

45 Hassemer, *op. cit.*, p. 184.

46 Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007, p. 46.

47 *Ibidem*.

llamarle a la *plea bargaining* un “sórdido proceso” y John Langbein,⁴⁸ de la Universidad de Chicago, ha llegado a contrastarla con el derecho medieval europeo sobre la tortura, «las semejanzas entre el sistema moderno de la *plea bargaining* y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y escalofrantes». Asimismo, indica Langbein⁴⁹ que la *plea bargaining* es un «procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de delitos graves. Sin alguien busca en la Constitución de los EE.UU. algún fundamento para la *plea bargaining*, buscará en vano. En su lugar encontrará, una garantía opuesta, la garantía del juicio previo».

En este sentido, Zaffaroni⁵⁰ expresa que la *plea bargaining* se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura:

«Quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con un pena mucho más grave. De este modo se logra reducir el número de presos preventiva, puesto que se los condena a todos rápidamente”. Además se trata de otro recurso que llena otro requisito fundamental podrá la selectividad estructural del poner punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él. En tercer lugar, los jueces pueden seguir ejerciendo el manejo de la prisión preventiva como pena, aunque ya a modo de pena formal».

Para De Diego Díez,⁵¹ «la *plea bargaining* es tan frecuente en el sistema criminal norteamericano que mediatiza su organización hasta tal punto, apoyándose en los criterios de Newman y Anderson, que el orden del día del Tribunal, el personal judicial, y otros recursos están determinados de antemano dando por hecho que habrá un alto índice de declaraciones de culpabilidad». El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Santobello v. New York* (404 U.S. 257,260, [1971]), estableció que este tipo de acuerdo “representa un componente esencial de la administración de justicia”.

48 Langbein, John H., “Tortura y *plea bargaining*”, en AA. VV., en *El procedimiento abreviado*, Julio Mayer y Alberto Bovino -compiladores-, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 9.

49 *Ibidem*.

50 Zaffaroni, Raúl, “América Latina: Análisis regional, proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad”, en AA. VV., *Documentos penales y criminológicos (DPC)*, Diego-Manuel Luzón Peña, Ernesto Pedraz Penalva y Sergio Cuarezma Terán -directores-, Volumen I, HISPAMER, 2001, p. 352.

51 De Diego Díez, L., *op. cit.*, p. 54.

La fundamentación que se aduce para justificar la validez de esta institución es la «eficacia». Entre ellas se menciona, como señala DE DIEGO DÍEZ,⁵²

«el enorme número casos que el Ministerio Público debería afrontar, el costo de cada proceso para el Estado, la oportunidad de no malgastar los recursos económicos destinados al servicio judicial, la necesidad de concentrar los esfuerzos de la acusación en los casos de provocan mayor alarma social, entre otros».

En este sentido, como plantea DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 18),

«parece que beneficia a todos los involucrados en la justicia penal, desde el acusado, su defensor y el fiscal. Por ejemplo, el acusado evita gastos, retrasos e incertidumbres, así como el riesgo de una condena más grave (aunque sea inocente) que la que de hecho se le impone; el abogado defensor obtiene sus honorarios con menores esfuerzos y economizando tiempo. Sin embargo, esta tentadora perspectiva empuja fácilmente al defensor a convencer a su cliente de que se declare culpable».

Alschuler, citado por De Diego Díez,⁵³ refiriéndose a este tema, expresa que

«todo el actual sistema de justicia criminal estadounidense parece diseñado, en suma, para inducir al abogado defensor a adoptar la siguiente máxima: en caso de duda, entrégale (*cop him out*)... y negocia. Al Ministerio Público le permite, con la resolución “contratada” del proceso, controlar la carga de trabajo y además, en caso se llevaran a jurado, la condena sería incierta. El Estado, determina la culpabilidad muy económicamente porque no tiene que cumplir la obligación constitucional de aportar pruebas».⁵⁴

La *plea bargaining* altera el sistema de legalidad y su vigencia (y, en consecuencia, el de seguridad) vinculado al Estado de derecho, en el cual, la justicia se aplica, no se negocia. En este tema lo que está en juego es la respuesta jurídica ajustada a la legalidad, incompatible con la disponibilidad del proceso penal en manos de particulares (fiscal y defensor). No hay que olvidar que la misión constitucional del Poder judicial de la mayoría de los países de la región, y del nicaragüense, es la tutela de los derechos humanos mediante la *aplicación* (y no la negociación) *de la ley* (art. 158 y 160 Constitución Política

52 *Ibíd*em, p. 55.

53 *Ibíd*em, p. 59.

54 La cursiva me pertenece.

de Nicaragua). Conforme a este mandato constitucional los particulares, en virtud del monopolio estatal, no pueden ni deben disponer del Derecho penal, ni de la consecuencia jurídica penal, ya que éste se aplica (o debería aplicarse) sólo por jueces y tribunales constitucionales en el marco de un proceso penal, propio de un sistema de división de poderes. En el Derecho penal la descripción de las conductas delictivas (tipos penales legales) formalizan y delimitan la justicia, pero ésta sólo puede realizarse en el proceso penal, debidamente desarrollado y con el debido proceso legal, sólo así se puede “condenar y remover la presunción de inocencia”.

No cabe duda que la *negociación* o el *regateo de la justicia* conduce a la privatización del proceso penal (de la justicia penal), es, como expresa Amodio,⁵⁵ «una verdadera y propia exaltación de la autonomía de las partes». Este criterio encuentra su fundamento conceptual en la existencia de una relación horizontal entre partes, de la que se originan derechos y obligaciones. El fiscal y el defensor cuando “negocian” un delito por otro o la responsabilidad del acusado o un privilegio a cambio de una información, están realizando un “negocio de carácter privado”. Este toma y data,⁵⁶ «expropia a las partes de sus específicos papeles y las reduce, en la mejor de los casos, al nivel de mercaderes; en el peor, a intrigantes. Jueces y abogados olvidaran su deber de contribuir a la búsqueda de la verdad, mientras los representantes de la acusación y los defensores no se dedicaran a preparar el proceso penal con el interés necesario».

No es posible pues, conciliar la legalidad (ley escrita) con la negociación (sistema no escrito). Este tipo de justicia (de regateo) supone, en expresión del profesor norteamericano Friedman, *negociar a la sombra de la ley*.

1. LA POSICIÓN DEL JUEZ EN LA *PLEA BARGAINING*

En Nicaragua en el año 2004, se llevó a cabo una investigación comparada por profesores e investigadores del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Rosario Alvarado Chacón y Jorge Luis Morales García, además, jueces del Poder Judicial costarricense, sobre *La Negociación en la Justicia Penal: La Posición del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)*.⁵⁷

55 Ibidem, p. 75.

56 Ibidem, p. 59.

57 Alvarado Chacón, Rosario, y otro, *La Negociación en la Justicia Penal: La Posición del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)*, INEJ, 2004, pp. 159 y ss.

El trabajo presenta análisis sobre: la *plea bargaining system* de los Estados Unidos de Norteamérica, modelo que sirvió de base a otros institutos de los sistemas de tradición jurídica continental europea como son los supuestos del *patteggiamento* italiano, del procedimiento abreviado costarricense y del acuerdo en el Código procesal penal nicaragüense. Igualmente comprende la oportunidad reglada en la ordenanza procesal penal alemana, en el Código procesal penal costarricense y la prescindencia de la acción penal en el nicaragüense.

La investigación hizo un análisis comparativo de legislaciones europeas y anglosajonas, a fin de determinar el papel hegemónico que las visiones de los países desarrollados ejercen sobre aquellos que, como las naciones de Costa Rica y Nicaragua, presentan un esencial interés, sobre todo, de carácter económico, para esos centros de concentración de poder. Con esto se espera extraer conclusiones válidas y claras respecto al tema central de la investigación, el rol del juez en la justicia penal negociada, lo cual requirió, además, para su enriquecimiento de fuentes doctrinarias de legislación, jurisprudencia y aportaciones críticas hechas por los autores de la investigación desde la función de la judicatura.

La investigación establece que ésta institución no puede verse en forma aislada de los factores que condicionan la reforma penal en Centroamérica y que también explican, en gran medida, el grado de uniformidad de las legislaciones, como de los organismos internacionales que impulsan su gestión. En Nicaragua, pese a que no existía una necesidad apremiante para instaurar una reforma penal en virtud de la mora judicial (Memoria de la SP, 2001, p. 80) «los índices de retardo de justicia en causas con detenidos había disminuido del 12% en diciembre de 1999, al 4% en diciembre del 2000 en Juicios Ordinarios; y del 50% al 7% en el mismo período en Juicios Especiales de Adolescentes.» como era el caso de otros países de la región, en cuenta Costa Rica; si contribuía a los abanderados de la gestión de la reforma, el contar con un Código de instrucción criminal con más de un siglo de vigencia; sin embargo, son las razones ideológicas las que pesaron más en impulsar la reforma que en el tipo de reforma que se debió impulsar.

Respecto al rol del juez en el *acuerdo* nicaragüense, la investigación expresa que la similitud o proximidad del sistema nicaragüense con el angloamericano, le hace acreedor de las principales críticas de aquel, abonadas con la circunstancia de que la importación de este cuerpo extraño a la realidad socio-jurídica nicaragüense provocará no pocos contrasentidos estructurales, como pueden ser sus objeciones de constitucionalidad.

Uno de los principales cuestionamientos que se puede realizar a este tipo de instituto procesal es su falta de transparencia. La intervención del juez nicaragüense en el procedimiento de acuerdo es nula, su aparición se da cuando

este ya está logrado, cuando todo se ha discutido, lo cual es comprensible habida cuenta de la capacidad dispositiva de las partes en conflicto previo al proceso penal. La función o rol del juez nicaragüense en este procedimiento (en el caso llegue a su conocimiento, puede darse de facto en el proceso de investigación, sin conocimiento del juez) es de mero fedatario de una situación en donde no tuvo ninguna participación y, consecuentemente, ninguna posibilidad de control de la legalidad del *acuerdo*.

La sentencia que con base en un acuerdo de estos pudiese dictar el juez de la causa, no puede ser otra que condenatoria, pues tendría como base fáctica el hecho confesado y estaría vinculada por el acuerdo de las partes en cuanto a las consecuencias punitivas. Aunque el juez nunca sabría realmente si el acusado realizó los hechos de los cuales se declara culpable. Así las cosas, la investigación concluye que la participación del juez nicaragüense en el trámite del acuerdo es prácticamente nula, desprovista de cualquier posibilidad real de ejercer un control garantista de los derechos fundamentales del imputado.

Esta institución procesal anglo Norteamericana, como expresa la investigación del ILANUD sobre *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*,⁵⁸ “encierra un serio peligro en materia específicamente procesal, la pretensión de implementar formas rápidas de condenación, expeditivas, que pasan por sobre las formas procesales más elementales”, es un instrumento desformalizador, el cual “abarata y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes”.⁵⁹

Consideraciones finales

No dudamos que la justicia es un presupuesto para la tutela de los derechos humanos y para el desarrollo económico, que además no solo es factor de impulso, sino factor para el desarrollo de la economía, pero también es cierto que una reforma, como la apuntada, que sacrifique la tutela de los derechos humanos para proteger el capital, sin duda, crea un desbalance o desequilibrio en el propósito original de la reforma de la justicia penal, y, por tanto, tal diseño impacta gravemente en las libertades, derechos y garantías de la persona de la persona sometida a persecución penal. El reto, es el equilibrio, una reforma de la justicia penal para ambos supuestos, para la protección de

58 Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007, p. 46.

59 Hassemer, op. cit., p. 184.

los derechos humanos de la persona y además para garantizar un marco de seguridad a la economía, con la finalidad de promover el desarrollo de la región, y, en especial, de Nicaragua.

El desafío es sin duda mayúsculo, hacer que la reforma de la justicia penal se oriente, en consecuencia, a transformar las bases de legitimidad sobre las cuales funciona. Ello supone un cambio sustancial en las relaciones con la sociedad, un «encuentro con la persona y su desarrollo», diseñada dentro de una estrategia a largo plazo y dirigida fundamentalmente a producir un cambio en el comportamiento y en la estructura de pensamiento, entre los cuales los sujetos económicos juegan un importante papel, pero no exclusivo. Tal perspectiva constituirá un «cambio cultural» de primera magnitud con respecto a los esfuerzos de la justicia emprendida en la región centroamericana y, en especial, en Nicaragua.

Bibliografía

- Alvarado Chacón, Rosario, y otro, *La Negociación en la Justicia Penal: La Posición del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)*, INEJ, 2004.
- Barboza Moreira, José Carlos, “La Transacción Penal Brasileña y el Derecho Norteamericano” en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 17, 2000, p. 49-53.
- Besson, W. y otro, “Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público” en AA. VV. *Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia, Estado de derecho y democracia*, Konrad –Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, 1997, pp. 121-129.
- Birkenmaier, W., “El Estado de derecho la República Federal Alemana”, en AA. VV., *La noción del Estado de derecho: evolución histórica y elementos, Estado de derecho y democracia*, Konrad –Adenauer- Stiftung Buenos Aires, 1997, pp. 83-99.
- Burgos Ladrón de Guevara, J. “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio” en Justicia, n° 3-4, 2013, pp.121-132.
- Cuarezma Terán, Sergio et al. “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: El Caso Nicaragua”, en AA. VV., *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Ambos, Kai, Juan-Luis Gómez Colomer y Richar Vogler. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., 2003, p. 423- 461.
- “El desafío de la justicia”, en AA. VV., *El PNUD y Nicaragua ante el tercer milenio. Una visión nicaragüense sobre gobernabilidad y desarrollo humano*, Managua, 2001, p. 63-68.
- *La Posición del Juez en Nicaragua. La Administración de Justicia como garante de los Derechos humanos en Nicaragua*, CEIJ, Editorial-Imprenta UCA, Managua, 1996.
- De Diego Díez, Luis Alfredo, “La plea bargaining de los EE.UU”, en AA. VV., *Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- De La Cruz Ochoa, Ramón, *Reforma de la Administración de Justicia en América Latina*, Conferencia Pronunciada en el Congreso de la Asociación Americana de Juristas celebrado en La Habana, Cuba, 18 de octubre, 2000.
- Elbert, Carlos Alberto, “El control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada”, en AA. VV., *Documentos Penales y Criminológicos*. Volumen 1. Luzón Peña, Diego Manuel, Pedraz Penalva, Ernesto y Cuarezma Terán, Sergio J. -directores-, Managua, HISPAMER, 2001, p. 555-568.
- Gago Priale, H, *La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos*, Derecho y Desarrollo, UPCP, Lima, 2011.
- Galeano, Eduardo, *Patas Arriba, La Escuela del Mundo al Revés*, Siglo XXI editores, México, 1999.
- Giarone, Daniel, Disponible en World Wide Web: <http://www.visionjusticia.f2s.com/justiciaSA.htm> , 2001.
- 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*, n° especial XIX, pp.25-77, 2006.
- Gómez Martín, V., ¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2007.
- Jimeno-Bulnes, M., “American criminal procedure in a european context”, en *Cardozo journal of international and comparative law*, volume 21.3 (spring), pp. 410 – 459, 2013.
- Langbein, John H., “Tortura y *plea bargaining*”, en AA. VV., en *El procedimiento abreviado*, Julio Mayer y Alberto Bovino -compiladores-, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- Pérez Baltodano, Andrés, “El futuro de las identidades políticas de América Latina”, *Confidencial*, en *Semanario de Información y Análisis*, n° 233, 2001.
- Pérez Luño, A, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Seguridad Jurídica e Inversiones, Acceso a la Justicia en Centroamérica y Panamá. San José, Costa Rica, 2000.
- Proyecto Estado de la Región – Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Proyecto del Estado de la Región. San José, Costa Rica, 2003, p. 282-304.
- Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Resumen del Capítulo 7: El Desafío de la Democratización de la Justicia y del Fortalecimiento de la Rendición de Cuentas. San José, Costa Rica: Disponible en World Wide Web: <http://www.estadonacion.or.cr/Region2003/Paginas/prensa/Resumen-7.pdf>
- Memoria de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (1996-2000), Managua. Publicación de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua.
- Montero Aroca, J., “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, en AA. VV., *Prueba y proceso penal*, J.L. Gómez Colomer -coord-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.17-66.
- Muñoz Conde, F., *De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2009.

- Hassemer, W, “El Derecho penal en el Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en AA. VV., *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Editorial B de F, Argentina, 2009.
- Umaña, Mario, *Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica*, 2002. Documento en proceso, disponible en World Wide Web: <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>
- Zaffaroni, Raúl y otro, *La Justicia como garante de los derechos humanos: La independencia del Juez*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1996, p. 5-37.
- Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 7-11.
- Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007.
- Zaffaroni, Raúl, “América Latina: Análisis regional, proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad”, en AA. VV., *Documentos penales y criminológicos (DPC)*, Diego-Manuel Luzón Peña, Ernesto Pedraz Penalva y Sergio Cuarezma Terán -directores-, Volumen I, HISPAMER, 2001, p. 339-362.
- Zaffaroni, Raúl, “Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad”, AA. VV., *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 2003, p. 3-24.
- Zaffaroni, Raúl, “La justicia como garante de los derechos humanos en México y en América Central: La independencia del juez”, AA. VV., *La Justicia como garante de los Derechos Humanos: La independencia del juez*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1996, p. 5-37.

¿POLICIALIZAR O JUDICIALIZAR?: REFLEXIONES SOBRE LA FASE DE INVESTIGACIÓN COMO PARTE DEL PROCESO PENAL EN VENEZUELA

Por Keymer Ávila¹

Sumario: I. La fase de investigación como parte del proceso penal. II. Tendencias hacia la “administrativización” del proceso penal: la “policialización” de la investigación penal. Reflexiones finales. Bibliografía.

I. La fase de investigación como parte del proceso penal

El COPP en su primer artículo hace alusión al debido proceso y en los artículos siguientes desarrolla algunos de los derechos que éste consagra, tal como la presunción de inocencia (artículo 8), el derecho a la defensa (artículo 12), el principio *non bis in idem* (artículo 20), etc. Para el presente análisis es relevante destacar que entre estos principios y garantías procesales se encuentra la titularidad de la acción penal en cabeza del Ministerio Público (artículo 11), aspecto que será desarrollado más adelante.

Este COPP estuvo inmerso en la ola de reformas que se dieron en Latinoamérica durante los últimos quince años, en la que se han venido dando procesos de transformación en el sistema de justicia penal, un aspecto en común ha sido el cambio del modelo procesal penal inquisitivo a otro de carácter acusatorio. Sobre las distinciones entre uno y otro modelo son abundantes las

1 Abogado *Magna cum Laude* por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Master Oficial en Criminología y Sociología Jurídico Penal por la Universitat de Barcelona (UB). Estudios de postgrado en Ciencias Penales y Criminológicas y Gobierno y Políticas Públicas, en la UCV. Investigador del Instituto de Ciencias Penales de la UCV, Profesor de la Cátedra de Criminología de la UCV. Investigador acreditado del Programa de Estímulo a la Innovación e Investigación (PEII) del ONCTI. Colaborador del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la UB. Correo-e: keymerguaicaipuro@gmail.com

explicaciones, si bien en la realidad estos modelos nunca aparecen en estado puro, como tipos ideales (Weber, 1904) es importante distinguirlos, para así poder enmarcar a la fase de investigación como parte del proceso penal. Con estos fines se presenta el siguiente esquema general:²

Fue el modelo acusatorio el que se intentó implementar en el país desde 1998, uno de los aspectos más importantes de este cambio fue la concepción de la fase preparatoria o de investigación, así como la de ejecución de la sentencia, como partes del proceso penal, judicializando y envistiendo de todas las garantías procesales a las mismas. Interesa concentrarse a efectos del presente análisis solo en la primera.

I.1. LA FASE DE INVESTIGACIÓN Y SU JUDICIALIZACIÓN

Antes de justificar la judicialización de la fase de investigación es necesario conocer qué debe entenderse por judicialización.

I.1.1. La judicialización

Por *judicialización* se quiere significar el proceso a través del cual el juez penal conoce del caso, controlando la legalidad de cada una de las actuaciones de las partes, garantizando de esta manera los derechos de las mismas, velando especialmente por los derechos de los más vulnerables que se encuentren involucrados.

Es esta la idea de *jurisdiccionalidad* que explica Ferrajoli en su clásica obra *Derecho y Razón*.³ Este autor señala que la primera enunciación legal de este principio se encuentra en el artículo 39 de la *Magna Charta* de 1215, la cual establecía que:

Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos, ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquiera otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros a hacerlo, **a no ser por un juicio legal de sus iguales** o por la ley del país.⁴

2 Elaboración propia con contenidos de Ferrajoli, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 5ta ed., Madrid, Trotta. 2001; Binder, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993; y Riego, C., “Las reformas judiciales y la seguridad ciudadana”, en *Revista Perspectivas en política, economía y gestión*, N° 1, Universidad de Chile, Chile, 1999.

3 Ferrajoli, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 5ta ed., Madrid, Trotta. 2001.

4 Ferrajoli, L., op. cit., p.539, negritas propias.

	SISTEMA INQUISITIVO	SISTEMA ACUSATORIO
Noción	Es el 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. La prueba es tarifada por ley.	Es el sistema procesal que concibe al juez como un 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.
Forma Estado	Expresión procesal del Estado de Policía: <i>derecho penal máximo</i>	Expresión procesal del Estado Social de Derecho: <i>derecho penal mínimo</i>
Modelo político	<i>Modelo autoritario</i> heredero tanto de prácticas como de doctrinas, patrones teóricos y políticos premodernos antitéticos del garantismo penal, inspirados desde la inquisición a las más modernas teorías de la prevención especial o del tipo normativo de autor, en sus múltiples variantes.	<i>Modelo garantista</i> heredero de la ilustración y el liberalismo político, que desde el plano axiológico, busca delimitar el poder punitivo del Estado, identificándose con regímenes democráticos y con las promesas de la modernidad, al estar relacionado con el principio de estricta legalidad penal y el correspondiente proceso de formalización y tipificación de los delitos y de las penas.
Método	Esquema decisionista: el que juzga es un órgano activo en la investigación de la verdad sustancial, informada por criterios esencialmente discrecionales; la actividad instructora puede muy bien ser secreta, interesando más la decisión justa que su controlabilidad; el papel de la defensa resulta irrelevante o, peor todavía, se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio; el objeto privilegiado del proceso no es el hecho-delito sino la personalidad del criminal reo. El juicio se remite mucho más a la autoridad del juez y a sus juicios de valor que a la verificación empírica de los supuestos típicos acusatorios.	Esquema cognoscitivo: la legitimidad del poder judicial y de sus pronunciamientos se fundamenta en la verdad, inevitablemente aproximativa o relativa. El contradictorio entre las pruebas de las partes y sus refutaciones es una condición necesaria. Los actos jurisdiccionales constan de proposiciones asertivas, susceptibles de verificación. Esto requiere de procedimientos de control mediante prueba y refutación, que sólo un proceso de partes fundado sobre el conflicto institucional entre acusación y defensa puede garantizar. Se concentra más en la verificación empírica de los supuestos acusatorios que en la autoridad del juez.

¿POLICIALIZAR O JUDICALIZAR?

Método	El método inquisitivo expresa una confianza tendencialmente ilimitada del poder como fuente autónoma de verdad. Las pruebas se practican en secreto y por escrito.	El método acusatorio se caracteriza por una desconfianza ilimitada del poder como fuente autónoma de verdad. Se caracteriza también por garantías como la oralidad, la intermediación y la publicidad de las pruebas.
Verdad	La verdad se confía a las virtudes del poder que juzga.	La verdad es el resultado de una controversia entre partes contrapuestas.
La investigación	Se caracteriza por la centralidad de la función del juez criminal, encargado de indagar las denuncias, investigar, tomar decisiones, autorizar allanamientos, recopilar las pruebas y resolver el caso, a través de un expediente escrito y en gran parte secreto, donde se registran las actuaciones que el mismo juez desarrolla (juez de instrucción), concentrando de esta manera una gran cuota de poder sobre el proceso penal, porque el mismo es a la vez investigador y custodio de sí mismo.	Supone que una agencia especializada, el Ministerio Público, recopila las pruebas y plantea la acusación. Un órgano judicial completamente diferente resuelve sobre ésta última, después de un juicio oral y público donde el acusador y el acusado pueden hacer valer sus planteamientos y pruebas. En este modelo hay una distribución más equitativa de poder dentro del proceso penal.
Judicialización	Tendencia a la administrativización del derecho y del proceso penal	Tendencia a la judicialización del derecho y el proceso penal

Luego de esta cita, Ferrajoli señala que el principio de jurisdiccionalidad contiene tres garantías fundamentales:

- a) El *habeas corpus*: la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal y, en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos;
- b) La *reserva de jurisdicción* en materia penal, es decir, la atribución de la averiguación y represión de los delitos únicamente al “juicio legal” de un sujeto imparcial e independiente;
- c) La *presunción de inocencia*, en virtud de la cual nadie puede ser tratado o castigado como culpable, sin un “juicio legal” y antes de que éste concluya.

Estas tres garantías: “no hay pena, no hay delito, no hay culpa sin juicio”, expresan en su conjunto lo que Ferrajoli denomina el “*principio de jurisdiccionalidad en sentido lato*”. Que a su vez integra también “garantías orgánicas”, éstas son las relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso: “independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etc.”⁵

En contraste con la jurisdiccionalidad en sentido lato, Ferrajoli concibe también el “*principio de jurisdiccionalidad en sentido estricto*”, que tiene que ver con “los procedimientos y las garantías de los que depende el carácter cognoscitivo o declarativo del juicio”, conformado a su vez por tres tesis: “no hay juicio sin acusación, sin pruebas y sin defensa”; agrupa también un conjunto de garantías que el maestro italiano denomina “procesales” que son las que tienen que ver con la formación del *juicio*, “es decir, a la recolección de pruebas, al desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial: como la formulación de una **acusación** exactamente determinada, **la carga de la prueba**, el principio de contradicción, las formas de los interrogatorios y demás **actos de instrucción**, la publicidad, la oralidad, los derechos de la defensa, la motivación de los actos judiciales, etc.”⁶

Algunas de las mencionadas garantías procesales, tales como la orgánica separación entre juez y acusación y las procesales de publicidad, oralidad y contradicción en la formación de la prueba son propias del método acusatorio; de igual manera, algunas garantías orgánicas: independencia, imparcialidad, necesidad de la prueba y similares, si bien pueden ser comunes a todo tipo

5 Ferrajoli, L., op. cit., pp. 539-540.

6 *Ibíd*em, negritas propias.

de proceso, son más plenas en el método acusatorio y disminuidas por el inquisitivo. Es por ello que Ferrajoli identifica a la *estricta jurisdiccionalidad* con el modelo procesal garantista, que se expresa en el sistema acusatorio. Tanto es así que el maestro italiano concluye: “Mientras la jurisdiccionalidad en sentido lato es una exigencia de cualquier tipo de proceso, sea acusatorio o inquisitivo, la jurisdiccionalidad en sentido estricto supone la forma acusatoria del proceso”.⁷

En la obra del referido autor, también destaca el *cognoscitivismo procesal* como un elemento significativo dentro del principio de *jurisdiccionalidad estricta*. Éste tiene que ver con las “motivaciones” de los pronunciamientos jurisdiccionales en materia penal, es decir, las razones de hecho y de derecho acogidas para su justificación. Para ello se exigen dos condiciones: la *verificabilidad* o *refutabilidad* de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo (como consecuencia del contradictorio) y su *prueba empírica* en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación.

Explicada ya la idea de la judicialización a continuación se expondrá la necesidad de judicializar a la fase de investigación penal.

1.1.2. Necesidad de judicializar la fase preparatoria o de investigación.

El proceso penal integra un todo, cuya primera fase, preliminar o preparatoria la constituye la instrucción.⁸ Roxin plantea esta misma idea de la siguiente forma:

- 7 Ibídem. Aunque más adelante aclara: “la dicotomía «jurisdiccionalidad estricta»/«jurisdiccionalidad lata» no coincide por tanto con la de «acusatorio»/«inquisitivo» (...), sino que corresponde más bien a la que es, quizá, más importante de cognoscitivismo y decisionismo: «jurisdiccionalidad estricta» tiene en efecto un significado más restringido que «proceso acusatorio», mientras que «jurisdiccionalidad lata» tiene un significado más amplio que «proceso inquisitivo»”.
- 8 Martín y Martín, J., *La instrucción penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 57. Martín y Martín aborda la discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de la instrucción, distinguiendo entre las siguientes posturas: A) *Administrativa*: al iniciarse de oficio está carente del ejercicio de la acción, lo que en ella se averigua no tiene valor probatorio y tampoco alcanza el efecto de cosa juzgada lo que constituye un obstáculo para que sea concebida como proceso; B) *Preprocesal*: se entiende que en la instrucción no existe aún una verdadera relación jurídica procesal, ya que las personas que en ella intervienen todavía no han de considerarse sujetos de tal relación, muchos autores consideran esta posición sin significado dogmático alguno; C) *Procesal*: es la que tiene mayor predicamento “precisamente al entender que el proceso se inicia desde el auto de incoación del sumario o del procedimiento, como resolución motivada y nunca de mero trámite, con diversas fases y períodos del procedimiento hasta llegar a la sentencia o en su caso al sobreseimiento, estando formado el proceso penal «por dos partes bien definidas y

...la primera etapa de un procedimiento penal está constituida por el *procedimiento preliminar* (...) este procedimiento consiste, tan sólo, en el procedimiento de investigación a cargo de la fiscalía. (...) El procedimiento de investigación (...) se ha convertido (...) con frecuencia, en la parte esencial del proceso penal. (...) en la mayoría de los casos, le da al fiscal el poder de decidir sobre el destino futuro del procedimiento. Además, a menudo, cuando se llega al juicio oral, su resultado está delineado ya por los resultados de la investigación del procedimiento preliminar. Por ello, es imperiosamente necesario darles al imputado y al defensor mayores posibilidades de influir sobre el procedimiento de investigación.⁹

En este sentido, la jurisdiccionalidad estricta o judicialización del proceso penal, a la que ya se ha hecho referencia, debe abarcar todas las fases del mismo, para que éste esté investido de todas las garantías durante su curso, de allí la importancia de judicializar la fase preparatoria o de investigación del proceso penal,¹⁰ en especial si éste es de tipo acusatorio. Dejar el contradictorio y la judicialización del proceso solo para la fase de juicio sería una reedición del sistema inquisitivo, en este sentido Ferrajoli cita a:

... Pertile, *Storia della procedura*, cit, I, t.I, p.11, que recuerda la división del proceso inquisitivo: «en el procedimiento preliminar o informativo no se buscaban más que las pruebas del cargo, dejando para la segunda fase a la que se llamaba defensiva, las favorables a la inocencia del indagado; cuando un testigo hubiera depuesto a favor del reo, no se registraba la deposición». Y era una característica

delimitadas, una de investigación probatoria y otra de examen de esa prueba y de pronunciamiento de la resolución correspondiente, lo que no quiere decir que se trate de actividad de naturaleza jurisdiccional o funcional distinta... la instrucción por quedar enmarcada dentro del proceso, con finalidad propia pero no sólo al servicio de la fase plenaria, sino incrustada en la misma médula del procedimiento criminal... constituyendo a lo más la fusión de dos acciones, una acción introductiva al proceso penal propiamente dicho, mientras que en plenario lo que se ejercita es la acción *puniendi*, siendo las dos en perfecta ensambladura la formación y contextura del proceso penal» (p.72). El citado autor termina tomando posición por este último criterio, al cual se suscribe el presente análisis y que se desarrollará en esta sección.

9 Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp.325-326.

10 En este sentido ver también a Pérez Martínez, R., “La policía judicial en el Estado democrático de derecho”, en *Policía y sociedad democrática*, Número 3, pp. 155-172, Editores del Puerto, Editores del Puerto, 1998.

específica del método inquisitivo que sólo en la segunda fase se admitiera al defensor y se permitiera al reo el examen de las actas.¹¹

En la fase de investigación ingresa la primera información que da nacimiento al proceso penal, ya sea a través de la denuncia, querrela o de oficio, luego de estos actos iniciales mediante los cuales ha ingresado formalmente una hipótesis delictiva al sistema judicial, comienza un período netamente *preparatorio*, que consiste en un conjunto de actos orientados a determinar si existen razones para someter a una persona a juicio. Ese conjunto de actividades procesales preparatorias son denominadas de distintas maneras: *sumario*, *procedimiento preparatorio*, *instrucción o investigación preliminar o preparatoria*. Estos actos iniciales del proceso son los que fundamentarán la *acusación* del fiscal del Ministerio Público.¹²

En esta fase ya existe una potencial afectación a derechos fundamentales del investigado, y consecuentemente debe cumplirse con el debido proceso, tal como se establece en los artículos 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) (“en todo estado y grado de la investigación y del proceso”), 120 (“El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases”), 127.3 (el imputado tiene derecho a ser asistido desde los actos iniciales de la investigación por un defensor) y 264 (control judicial de la fase preparatoria –su judicialización–) del COPP. Esto se debe a que durante el período preparatorio pueden darse cuatro tipos de actividades:

1. Actividades puras de investigación (averiguación del hecho punible, reunión del material probatorio).
2. Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento.
3. Anticipos de prueba, es decir, prueba que no puede esperar su producción en el debate (artículo 289 COPP), lo que significa que de cierta forma se anticipen también las condiciones básicas del juicio.
4. Decisiones o autorizaciones, vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales (medidas de aseguramiento personales, por ejemplo).¹³

11 Ferrajoli, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 5ta ed., Madrid, Trotta. 2001, p. 685.

12 Binder, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.

13 Binder, A., op. cit.; Martín y Martín, J., *La instrucción penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004; Vásquez, M., “Actos de investigación y actos de prueba”, en *Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Temas actuales de Derecho Procesal Penal 27, 28 y 29 de mayo, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 2003.

Es importante destacar este último punto. Binder explica que durante el desarrollo de la fase preparatoria deben tomarse *decisiones*, por ejemplo: cualquiera de los sujetos procesales puede plantear una excepción (de prescripción o de falta de acción) o cualquier otra clase de incidente. “Todos estos planteamientos obligan a tomar decisiones, que serán resoluciones a dictarse durante la instrucción. Una de ellas, quizás la más importante, es aquella resolución mediante la cual se decide que un imputado deberá permanecer en prisión o encarcelamiento preventivo”.¹⁴

El procesalista argentino señala también la necesidad de tomar otro tipo de decisiones, esta vez no por causas incidentales, sino porque ciertos actos de investigación pueden afectar algunas garantías procesales, derechos o bienes protegidos por la Constitución. Por ejemplo: ingresar a un domicilio para localizar una prueba, tomar algún objeto o documento que pertenece a una tercera persona, o bien efectuar alguna investigación corporal o mental sobre el imputado o un testigo. Así entonces, en procura del respeto al debido proceso, y de la búsqueda de la afectación mínima posible de los derechos, se deben librar órdenes expresas y formales, por parte de la autoridad judicial, que permitan realizar estos actos de investigación. A estas decisiones Binder las denomina *autorizaciones jurisdiccionales*,¹⁵ que no es más que una expresión de la judicialización de la fase de investigación a la que se está haciendo referencia y que es el argumento central de este trabajo.

Todo esto está íntimamente relacionado con la *tutela judicial efectiva* que debe existir en esta fase del proceso, en este sentido, Martín y Martín señala que la justificación de la instrucción es la “misma del proceso penal, y por tanto, como el único medio necesario para la realización de la Ley penal (...) de forma que el Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar que la instrucción forma parte de la tutela judicial efectiva”.¹⁶

- 14 Decisión sumamente importante si se consideran las altas tasas de presos sin condena y la delicada situación carcelaria de nuestros países, en particular la del sistema penitenciario venezolano. Binder, A., op. cit.
- 15 Binder, A., op. cit., p. 216.
- 16 Martín y Martín, J., *La instrucción penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 16. En especial si se considera que “el real ejercicio de la jurisdicción es aquella que tutela una respuesta forense después de un trámite procesal (...), que debe ser equitativa, razonable, idónea, expedita, tal cual lo ordena el aparte del 26 Constitucional”. Zepa, A., “Revisión de Alguno de los Derechos Consagrados en la Garantía al «Debido Proceso» en su relación con el Proceso Penal Venezolano”, en *Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. X Jornadas de Derecho Procesal Penal*, UCAB, Caracas, 2007, p. 119.

Por otra parte, es importante señalar que si bien, la fase preparatoria no es una etapa eminentemente contradictoria como lo es el juicio, en ésta deben existir igualmente amplias posibilidades de defensa: ello supone proponer diligencias, participar en los actos, plantear incidentes, etc. Igualmente, si bien esta etapa no es pública en el mismo sentido que lo es el juicio oral, tampoco se debe deducir que es secreta para los distintos sujetos procesales. Al contrario, el defensor, el querellante, las partes civiles, deben tener acceso al desarrollo de la investigación. Esto no obsta que esta posibilidad tenga mínimas y lógicas limitaciones, porque existen ocasiones en las que la eficacia de un acto o una investigación concreta depende del secreto, esto debe estar regulado en la ley, por ejemplo, con el establecimiento por *un tiempo determinado* del secreto de ciertas actuaciones, aun para los intervinientes del proceso.¹⁷

En este sentido, Zerpa cuando analiza las distintas garantías que integran el debido proceso resalta el *derecho de ser notificado de los cargos de investigación* (artículo 49.1 CRBV), como parte del derecho a la defensa “aún en los «grados» iniciales de investigación, ya que el carácter inviolable de la defensa frente a la imputación (...) alude a la perennización de este derecho «en todo estado y grado de la investigación» (...) la necesidad de la notificación investigativa se asume como un componente prístino del derecho a la defensa, y por ende, reclamable a través de la garantía suprema al debido proceso”.¹⁸

Cuando Binder da su explicación sobre esta primera fase del proceso penal que se está analizando, señala que es “preparatoria” porque los elementos de prueba que allí se reúnen no valen aún como prueba. Entonces, ¿sería preparatoria de qué? Para él es preparatoria de la acusación. El juicio es, pues, *el momento de la prueba*, en un sentido sustancial. Lo anterior “no es sino una recolección de los elementos que servirán para probar la imputación en el juicio; ése es, precisamente, el sentido de las palabras «preparatorio de la acusación», con las que calificamos al procedimiento previo al juicio”.¹⁹ Esto guarda mucha relación con la distinción entre actos de investigación y actos de prueba de la que se hará referencia más adelante.

Sobre el carácter preparatorio de esta fase, Martín y Martín va más allá, argumentando que en ésta “se prepara tanto el juicio como el no juicio», pues es sabido que de muchas instrucciones se sigue lo contrario, es decir el

17 Binder, op.cit., p. 219.

18 Zerpa, A., “Revisión de Alguno de los Derechos Consagrados en la Garantía al «Debido Proceso» en su relación con el Proceso Penal Venezolano”, en *Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. X Jornadas de Derecho Procesal Penal*, UCAB, Caracas, 2007, p. 121-122.

19 Binder, A., op. cit., p. 216.

sobreseimiento”.²⁰ Todo lo expuesto fortalece la tesis aquí sostenida sobre la necesidad de judicializar esta fase del proceso penal en procura de garantizar los derechos del investigado.

La fase preparatoria finaliza con el acto conclusivo del fiscal del Ministerio Público: acusación (acto mediante el cual se requiere la apertura del juicio), sobreseimiento (acto en el que el fiscal manifiesta que no hay elementos para acusar, constituyéndose en una absolución anticipada), archivo (la investigación no llega a ninguna de las dos situaciones anteriores, lo que implica una clausura provisoria de la investigación hasta que aparezcan nuevos elementos de prueba).²¹

Finalmente, se debe tener en cuenta que en la realidad, la operatividad de nuestros sistemas procesales, terminan haciendo una conversión automática en “prueba”, de los elementos reunidos en la investigación, sin que éstos sean producidos directamente en juicio. De este modo, en la práctica, se dictan sentencias basadas casi con exclusividad en el “sumario”. Lo que en palabras de Binder serían sentencias inconstitucionales.²² Esta situación obliga no solamente a evitar que la fase de juicio consista solo en una legitimación automática de la fase preliminar, sino que además, se debe prestar un especialísimo cuidado en esta primera fase que en mucho termina definiendo a todo el proceso penal. No en vano Roxin señala que “cuando se llega a fallos erróneos, la mayoría de las veces ello se debe a que ya en el procedimiento de investigación se ha tomado un camino equivocado”.²³

El análisis de esta fase del proceso penal, que se inicia desde que se tiene noticia de la existencia de un delito y que se extiende hasta el momento en que se decide la presentación del acto conclusivo,²⁴ no puede pasar por alto la interesante distinción entre los actos de investigación y actos de prueba.²⁵ A efectos del presente análisis interesa destacar que los actos de investigación si bien no pueden considerarse pruebas por ser el juicio el momento de éstas, es innegable la vocación probatoria que tienen los mismos, y de allí su relevancia jurídico-procesal. Éstos constituyen la base de los actos con-

20 Martín y Martín, op. cit., p. 61.

21 Binder, A., op. cit.

22 Binder, A., op. cit., p. 217.

23 Roxin, C., op. cit., p. 334.

24 Pérez Sarmiento, E., *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, Quinta edición, Vadell hermanos, Venezuela, 2007.

25 Vásquez, M., op. cit.

clusivos que determinarán o no la apertura de la fase de juicio, luego estos medios de prueba se transforman en los elementos probatorios que servirán para formar el convencimiento del juez sobre los hechos objeto del proceso, incidiendo entonces de manera esencial sobre el proceso penal, quedando sujetos al régimen jurídico de los actos procesales regulados por el COPP, lo que ratifica a su vez su necesaria judicialización.

Una vez concebida a la investigación como una fase fundamental del proceso penal y justificada, por ende, su judicialización, se pasará en la próxima sección a analizar una noción de la misma en un plano más operativo-conceptual y organizacional.

I.2. LA INVESTIGACIÓN PENAL Y LOS ACTORES QUE EN ELLA SE INVOLUCRAN

En diversos eventos sobre esta materia, incluso académicos, en consultas a nivel nacional a funcionarios policiales y del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (CICPC), así como en conversaciones informales con éstos y con otros operadores del sistema, se evidencia el trato indiferenciado que se les da a los términos investigación penal, investigación criminal, criminalística e investigación técnico-científica. Esta ausencia de conceptos claros y compartidos respecto a la investigación penal, la distinción entre ésta y las labores de apoyo a la misma, podría traer dificultades prácticas respecto al desempeño de estas labores y la adecuada distribución de competencias entre las distintas agencias intervinientes en esta fase del proceso penal. De allí la necesidad de definir conceptualmente lo que debe entenderse por cada una de estas labores y qué le correspondería hacer a cada quien. Lamentablemente los recientes cambios legislativos en esta materia agudizan más las confusiones.

La **investigación penal** es el conjunto de diligencias ordenadas y dirigidas por el Ministerio Público, orientadas a la constatación del hecho punible con todas sus circunstancias, que puedan influir en la calificación jurídica y responsabilidad penal de los autores y demás participantes. Es una labor auxiliar del derecho penal y del derecho procesal penal, que deben ser garantizados por el fiscal del Ministerio Público y aplicados por el Poder Judicial. Su fin es la aplicación o no del castigo formal, competencia exclusiva de la jurisdicción. Así entonces, el derecho (penal y procesal penal) sería el marco y la investigación penal sería una labor subordinada, de auxilio al mismo, es por

ello que la literatura básica en ciencias penales la cataloga como “disciplina auxiliar del derecho penal”.²⁶

Dentro de la investigación penal, que está inmersa en lo jurídico y que trasciende lo meramente técnico, se encuentran la investigación criminal²⁷ y la investigación técnico-científica²⁸ que están concentradas en los hechos materiales más que en el derecho, pero no fuera de él, en lo fáctico-empírico, en la demostración del nexo causal, por ello algunos las clasifican como “disciplinas causal-explicativas” de las ciencias penales. Ambas se refieren al “arte de la pesquisa”, son auxiliares de la investigación penal, su relación es de subordinación, de auxilio respecto a ésta, le aportan pruebas, la orientan técnicamente. De igual manera, también se puede afirmar que entre las categorías mencionadas existe una relación de género y especie, en la que la investigación penal sería el género y la investigación criminal y técnico-científica son las especies o subtipos.

Tanto la investigación criminal como la técnico científica deberán ser realizadas principalmente por el CICPC, así como por otros órganos que, previa formación especializada, tengan competencias en materia de investigación penal establecidas por ley.

En este sentido, se tiene un concepto marco que es la investigación penal que se encuentra más en el mundo del derecho y que apunta hacia la pena formal que impone el Estado, la cual debe ser dirigida y llevada a cabo por el Ministerio Público. Ésta a su vez es auxiliada por dos subtipos de investi-

- 26 Ávila, K. “Campañas securitarias: el órgano de investigaciones criminalísticas”, en *Espacio Abierto*, Vol.22, Nº3:701-730, Venezuela, LUZ, 2013, disponible en World Wide Web: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/ea/article/view/16198>.
- 27 La **investigación criminal** sería el conjunto de diligencias orientadas al descubrimiento del delito a través del establecimiento de hipótesis, búsqueda y concatenación de indicios, entrevistas, identificación y seguimiento de autores o partícipes, establecimiento de nexos entre éstos y los hechos, sin que sea necesaria la utilización de laboratorios técnico-científicos. Para algunos estaría muy cercana a la “policilogía” por su carácter predominantemente empírico direccionada más a identificar, perseguir, localizar y detener al o a los presuntos responsables; su espacio está en el campo de los hechos (Ibíd.).
- 28 La **investigación técnico-científica**, en cambio, es el conjunto de diligencias orientadas a la comprobación científica del delito, sus características, reconstrucción histórica, identificación de sus autores o partícipes, aseguramiento de los objetos activos o pasivos vinculados con el mismo, así como la preservación y análisis de evidencias. Esta sería la conocida criminalística (en su acepción restringida), la cual aglutina una amplia gama de disciplinas científicas (biología, medicina, química, física, ingeniería, planimetría, informática, etc.), su espacio principal es el laboratorio (idem).

gación de carácter más fáctico-empírico como son la investigación criminal y la técnico científica, cada una de ellas amerita una formación especializada y diferenciada que dista en mucho de la diseñada para las policías uniformadas (de carácter preventivo), por ello el órgano principal para estas labores debe ser el CICPC. Esto debe ser así porque los investigadores actúan una vez sucedidos los hechos (*post delito*, indagan sobre lo sucedido) en cambio las policías uniformadas actúan *ex-ante* (de allí su carácter preventivo). En este contexto las policías uniformadas solo deben prestar labores de apoyo a la investigación (Ávila, op.cit). Esta clara separación entre las labores preventivas y las de investigación, la evitación de esta promiscuidad de aparatos y de funciones, es un reflejo del sistema político de un país y sirve de indicador para distinguir entre un gobierno despótico o un régimen de libertades.²⁹ La importancia de esta distinción será retomada en la sección 2.2.2.

I.3. EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU ACTIVIDAD FISCAL: EL DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN

El juez de instrucción del sistema inquisitivo, impuesto por el viejo Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, que inspiró a los sistemas procesales penales de tradición continental, concebía que el juez de instrucción debe ser investigador y por otra parte, custodio de las garantías procesales y constitucionales. Es decir, debía ser guardián de sí mismo, y esto generaba, a juicio de Binder, algún tipo de ineficiencia. Es por ello que las tendencias más modernas tienden a acabar con la rémora del juez de instrucción. El autor argentino señala que en gran medida, el fracaso de los sistemas de investigación de nuestros sistemas procesales proviene del empecinamiento en mantener el sistema inquisitivo en la instrucción, aunque luego se le adose un juicio oral, que a la postre resulta distorsionado.

En contraste, el sistema acusatorio organiza de forma distinta la investigación, dividiendo las dos funciones básicas, de modo que sea el Ministerio Público el encargado de investigar, quedando reservada para el juez la tarea de autorizar o tomar decisiones, pero nunca investigar.

Según Binder, este sistema que se ha ido imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales, en la práctica ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales.

En este modelo, como ya se ha señalado, los fiscales tienen la responsabilidad de la investigación, y los jueces, sólo la responsabilidad de vigilar y controlar esa investigación. En este punto es importante retomar la idea de la

29 Ferrajoli, L., op. cit., pp. 768-769.

jurisdiccionalidad estricta de Ferrajoli, que se encuentra expresada en el sistema acusatorio, en donde destacan entre sus múltiples garantías orgánicas la separación entre el juez y acusación, mediante la eliminación de la vieja figura del juez instructor quien es reemplazado por un juez para las investigaciones preliminares, ajeno a su desarrollo posterior.³⁰

Así entonces, en el sistema acusatorio el Ministerio Público se constituye en la agencia especializada que dirige la investigación penal. Como ya se ha explicado, esta última al afectar derechos fundamentales debe estar controlada jurisdiccionalmente, lo que su vez le da carácter procesal a esta fase. Es esta investigación la que nutre y sustancia a la acusación, lo que coloca la *carga de la prueba* sobre los hombros de esta agencia.

En este sentido, Ferrajoli, una vez explicada la separación entre el juez y la acusación, señala que de ésta surge un reparto de papeles entre los tres sujetos del proceso: las partes, la acusación y la defensa, a quienes competen respectivamente la prueba y la refutación, y el juez tercero, al que le corresponde la decisión. En consecuencia, tres garantías procesales se derivan también de esta división: la *formulación de la imputación*, con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción; la *carga de la prueba* de tal hipótesis, que pesan sobre el acusador; y el *derecho a la defensa*, atribuido al imputado.³¹ Las dos primeras corresponden al Ministerio Público, es éste quien tiene entonces la *carga de la imputación y de la prueba*, que pesan sobre la acusación, son éstas las primeras garantías procesales del juicio.

Es por ello que el Ministerio Público pone en marcha el *ius puniendi* del Estado, no solamente a través de la dirección de la investigación y el monopolio de la acción penal pública, sino que además todo ello lleva también consigo el *deber de probar*, ¿de probar qué? Todas las circunstancias, tanto las que inculpen como las que exculpen al imputado (artículo 263 del COPP), de allí que sea un órgano que debe actuar de *buena fe*, en representación no solo del interés general y de los derechos de la presunta víctima, sino también en procura de la protección de los derechos del presunto infractor.

Es errada la lectura según la cual el Ministerio Público solo investiga para ejercer la acción penal, éste también debe hacerlo para comprobar los hechos y circunstancias favorables a la persona investigada,³² lo que supone que la primera etapa del proceso puede concluir con la proposición de una acusación

30 Binder, A., op. cit., pp. 217-218.

31 Ferrajoli, L., op. cit., p. 606.

32 Ferrajoli, L., op. cit., p. 736.

pero también con un pedido de sobreseimiento o un archivo fiscal, es decir, la actividad del fiscal debe estar en todo caso regida por la imparcialidad.³³ Tal atribución de funciones se justifica en el hecho de que el objeto de esta fase impide que la actividad investigativa sea dejada en manos de particulares, pues en la búsqueda de la verdad no pueden sacrificarse los derechos de aquel que es objeto de persecución penal.

Al hilo de lo expuesto, depende del Ministerio Público el desarrollo de la fase preparatoria del proceso penal, ya que precisamente tiene la llamada “carga de la prueba” dentro del proceso penal acusatorio, y por lo tanto, tiene el deber de probar la existencia del delito y la participación del imputado, y toda inexactitud o insuficiencia en el cumplimiento de esa obligación debe determinar una sentencia favorable al imputado, en razón de ese irrenunciable principio que es el *in dubio pro reo*, que es la base de la presunción de inocencia,³⁴ debiendo ser este último concebido más bien como un imperativo general, que obliga a los operadores de justicia a darle un trato de inocente al imputado, sin lo cual sería inconcebible el debido proceso. Es así como se concibe la existencia del *in dubio pro reo*, que garantiza que la parte acusadora tenga que probar sus imputaciones más allá de toda duda razonable.³⁵ Todo esto está íntimamente relacionado con el carácter de garante del debido proceso que tiene el Ministerio Público venezolano.

El Ministerio Público venezolano como garante del debido proceso: la refundación de la República y el nuevo equilibrio de poder.

Ya desde la declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 se previene en su apartado V^o la necesidad que permanezcan separados los poderes legislativo, ejecutivo y judicial del Estado. Asimismo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789 se considera que una sociedad carece de Constitución si no están asegurados los derechos de la sociedad ni establecida la separación de poderes.³⁶

Es punto en común –y en ello es uniforme la doctrina progresista– que la división de poderes es saludable para la consolidación del Estado de Derecho y de la democracia.

33 Vázquez, M., op. cit., p. 364.

34 Pérez Sarmiento, E., op. cit., p. 41.

35 *Ibidem*, p. 34.

36 Pérez Martínez, R., op. cit., p. 162.

En este marco, en el preámbulo de la Constitución de 1999, se consagra la refundación de la República y de todas sus instituciones; se crean, además, dos nuevos Poderes: el Ciudadano y el Electoral, superando de esta manera la clásica división tripartita, aumentando formalmente el sistema de controles y contrapesos entre los Poderes Públicos.

El Poder Ciudadano tiene entre sus funciones la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa. Se encarga básicamente de ejercer el control de la actividad administrativa del Estado y de promover la formación ciudadana.

El Ministerio Público junto con la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República conforman el Consejo Moral Republicano, institución a través de la cual se ejerce el Poder Ciudadano (artículos 273 CRBV; 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano).

La Defensoría del Pueblo se encarga, fundamentalmente, de demandar ante las instituciones del Estado el debido cumplimiento de sus funciones, en resguardo de los Derechos colectivos y difusos de los ciudadanos. Por su parte, la Contraloría General de la República, se encarga de controlar y vigilar que los ingresos, gastos y la adquisición de bienes públicos se hagan bajo el estricto cumplimiento de los procedimientos legales en todos los órganos de la administración pública. Ambas instituciones de acuerdo a la CRBV (artículos 281.4 y 289.4) le solicitan al Ministerio Público ejercer las acciones judiciales que tuvieran lugar en los casos conocidos en cada una de ellas (Derechos Humanos y delitos contra el patrimonio público).

Por otra parte, el Ministerio Público no solamente se encarga de hacer efectiva la responsabilidad del funcionario infractor, también se encarga de hacer efectiva la responsabilidad de cualquier ciudadano que cometa algún hecho punible.

De esta manera, la CRBV modela a un Ministerio Público formalmente autónomo e independiente, que contribuye al ejercicio de los pesos y contrapesos necesarios en un sistema democrático.

Así, la creación institucional de órganos que tienen como funciones el control administrativo del Estado (Consejo Moral Republicano), la investigación y la acción penal (Ministerio Público) o jurisdiccionales (Tribunal Supremo de Justicia), tiene una dimensión de contra poder al servicio de la legalidad y de la protección de las personas. Esto es muy significativo desde una perspectiva de garantía de los derechos fundamentales, y a su vez, está también íntimamente relacionado con la fortaleza democrática del sistema político.

En el tema que nos concierne, es fundamental destacar que en nuestro modelo de Estado, así como la función jurisdiccional es atribuida al Estado con carácter de exclusividad, correspondiendo al Poder Judicial su ejercicio con independencia del resto, con sujeción a determinados límites, controles y garantías; la función de investigar (dirección, supervisión y práctica) y consecuentemente de accionar penalmente corresponde al Ministerio Público.³⁷ Con semejante diseño político e institucional pudiera afirmarse que la CRBV prevé un sistema acusatorio para el país, que se aprecia en especial por la concepción que la misma establece sobre el Ministerio Público, y de las atribuciones que le confiere en el artículo 285: ordenar y dirigir la investigación penal (numeral 3), la titularidad y ejercicio la acción penal (numeral 4 en concordancia con el artículo 11 del COPP), garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales (numeral 1) y garantizar la buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso (numeral 2), competencias todas que coinciden plenamente con la *jurisdiccionalidad estricta* que Ferrajoli establece como característica del sistema acusatorio, en el que el Ministerio Público es una pieza protagónica y fundamental.

Por otra parte, el Ministerio Público como garante del debido proceso (artículo 285.2 CRBV) debe velar por todas las garantías constitucionales y procesales que forman parte del sistema acusatorio y de los límites del *ius puniendi*, tales como, presunción de inocencia, derecho a la defensa, *in dubio pro reo*, principio de legalidad, *non bis in idem*, igualdad entre las partes, juicio previo (artículo 49 CRBV), así como a la tutela judicial efectiva (artículo 26 CRBV), entre otras, en todo grado y fase del proceso, lo que abarca a la fase de investigación de la cual es el director.

En esta línea, Ferrajoli dice que es necesario romper con un lugar en común:

... la idea de que los órganos de la acusación deban ser estructurados jerárquicamente, e incluso depender de alguna articulación del poder ejecutivo o legislativo, sólo por el hecho de que se encuentran situados fuera del orden judicial. Al contrario, lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano en-

37 CRBV, artículo 285 numerales 3 y 4; COPP, artículos: 111 numerales 1, 2 y 3; 114, 116, 265, 266, 291 y 514 numerales 7 al 9; Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), artículos: 16 numerales 3, 4, 5 y 6; 25 numerales 10, 13, 14 y 24, 31.11, 37 numerales 6, 9, 10, 11 y 14; y el 53.1; LOSPI, artículos: 40, 34, 35 numerales 2 y 3; Ley Orgánica del Servicio de Policía y Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana (LOSPCPNB): artículo 33.

cargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su control.³⁸

Sobre esta independencia Pérez Martínez afirma que la misma suele encontrar dificultades, tanto en la dimensión interna de cada estructura, como en el orden externo, en la relación de control administrativo o judicial con los otros poderes del Estado. En efecto, es el ejecutivo quien dispone de la policía para gestionar la seguridad pública y, con ella, incide en el libre desarrollo de los derechos ciudadanos, pudiendo de hecho limitar, controlar o interferir en el proceso penal (a través de las actividades de investigación) que le resulte incómodo. De allí *la necesaria separación entre las actividades policiales de carácter eminentemente preventivo y las de investigación que deben ser dirigidas por el Ministerio Público, quien entra en acción una vez ocurrido el delito. En consecuencia, sus labores son de carácter procesal y por ende deben ser judicializadas para garantizar los derechos de los ciudadanos.*

En cuanto a la *naturaleza de sus actuaciones*, hay que tener en cuenta que el Ministerio Público es una institución “bisagra” entre el Poder Ciudadano (artículo 273 CRBV) y el Sistema de Justicia (artículo 253 CRBV),³⁹ es la única institución del Poder Público Nacional con estas características, cuyos actos realizados desde el inicio de la investigación, es decir, en el curso del proceso penal, implica que los mismos “tienen naturaleza procesal”.⁴⁰ Fortalecién-

- 38 Ferrajoli, L., op. cit., p. 517. Sobre las relaciones entre el Ministerio Público y el órgano de investigaciones en Venezuela ver Ávila, K., “¿Policía de investigación? Reflexiones sobre la naturaleza de su función y órgano de adscripción.”, en COMUNES, Revista de Seguridad Ciudadana y Pensamiento Crítico, N°1, Venezuela, Universidad Nacional Experimental de la Seguridad, 2012.
- 39 Para Roxin la fiscalía es una autoridad de la justicia estructurada jerárquicamente (op. cit., p. 50). Más adelante afirma “La fiscalía es una autoridad de la justicia que no puede ser atribuida ni al ejecutivo ni al tercer poder, sino que se trata de un órgano independiente de la administración de justicia que está entre ambos (...) Pero la fiscalía tampoco es, en modo alguno, una mera autoridad administrativa. Dado que a ella le está confiada la administración de justicia penal, en división funcional con los tribunales, su actividad, como la del juez, no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino sólo a valores jurídicos, esto es, a criterios de verdad y justicia” (op. cit., p. 53).
- 40 Vásquez, op. cit., p. 362. En el mismo sentido Rivera señala: “conforme a las normas constitucionales citadas la configuración del Ministerio Público no se relaciona con el ejercicio de potestades administrativas sino que marca su campo de actuación en el ámbito del proceso. Dice el profesor Gimeno Sendra que la actuación del Ministerio Fiscal difiere de la de un órgano meramente administrativo, porque «aun cuando no aplique la Ley –tribunales-, le corresponde la función de provocar la actividad jurisdiccional y

dose de esta manera el argumento principal del presente trabajo: *la fase de investigación es parte del proceso penal y por lo tanto debe ser judicializada, la misma debe ser dirigida por el Ministerio Público, como garante de esta judicialización, con ello se garantiza el debido proceso, en el marco de un sistema acusatorio como expresión procesal de un Estado Social de Derecho y de Justicia.*

II. Tendencias hacia la “administrativización” del proceso penal: la “policialización” de la investigación penal

Wilson y Kelling en su famoso artículo *Broken Windows*, que se ha convertido en un referente del pensamiento criminológico más conservador y antigarrantista, no solo subordinan a la comunidad bajo la lógica policial, sino que además también minimizan a la autoridad judicial ante la misma:

Normalmente, ningún juez ni jurado se topa con las personas involucradas en un conflicto acerca del nivel apropiado de orden en un barrio. Esto es cierto no sólo porque la mayoría de los casos se resuelven informalmente en las calles, sino también porque no existen criterios universales para guiar las disputas acerca del desorden, y un juez no sería entonces más idóneo o más eficiente que un policía.⁴¹

La anterior cita expresa claramente la idea de la administrativización de procesos que deben estar investidos de mínimas garantías judiciales, garantías que son vistas como obstáculos para un manejo eficiente de la conflictividad social. De allí que estos autores prioricen en otorgarle más poderes a las policías, a la vez que se les resta autoridad a fiscales y jueces. Entre los procesos que se ven afectados por esta racionalidad se encuentra la fase de investigación penal.

Para desarrollar la idea de la administrativización del proceso penal, así como la policialización de su fase inicial, es necesario explicar primero cada uno de estos términos.

de que ésta se desarrolle a través del juez legal y procedimiento preestablecido», Rivera, R., *Actos de investigación y pruebas en el proceso penal*, Barquisimeto, Universidad Católica del Táchira, Librería J. Rincón, Venezuela, 2008, p. 224.

41 Kelling, G. y otro, “Ventanas rotas. La policía y la seguridad de los barrios”, en *Delito y Sociedad*. Revista de Ciencias Sociales, N° 15, Buenos Aires, 2001.

II.1. LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

Silva en su obra *La expansión del derecho penal*⁴² y antes Mir Puig en *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*⁴³ conciben a la administrativización del derecho penal como una flexibilización de los principios garantistas, que constituyen una conquista de la modernidad penal, en procura de una expansión punitiva de corte autoritario y represivo, que se expresa a través del incremento y ampliación de sanciones, delitos de peligro presunto para bienes supra individuales, entre otros.

Ambos autores para explicar este fenómeno contrastan las diferencias entre lo administrativo y lo penal, que se presentan panorámicamente en el siguiente esquema⁴⁴:

	Lo administrativo	Lo penal
Modelo de Estado	Estado social autoritario: caracterizado por subordinar al individuo al todo social.	Estado social democrático: le importan los intereses colectivos en la medida que los mismos estén al servicio del individuo.
Derechos y garantías. Vulneración de derechos fundamentales	No hay mayores riesgos de vulneración de derechos fundamentales.	Debido a la posibilidad de afectación de derechos fundamentales (como por ejemplo, las sanciones privativas de libertad) debe brindar mayores garantías, tanto formales como materiales.
Autoridad que decide	Administrativa	Judicial
Lo teleológico	La finalidad que persigue es la ordenación, de modo general, de sectores de actividad.	La finalidad que persigue es la protección de bienes jurídicos concretos, en casos concretos.
Bien jurídico protegido	Colectivos, difusos	Individuales, concretos

42 Silva Sánchez, J., *La expansión del derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Euros Editores S.R.L.-B de F Ltda., Montevideo-Buenos Aires, 2006.

43 Mir Puig, S., *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

44 Elaboración propia con contenidos de Silva (op. cit.) y Mir Puig (op. cit., p. 157).

Lesividad	<p><i>Abstracta:</i> Atiende a consideraciones de afectación general (peligro presunto, estadístico, global); no tiene por qué ser tan estricta en la imputación (visión “macroeconómica”, “macrosocial”, “grandes cifras”, “problemas estructurales” o “sistémicos”, etc.) Juicio <i>ex ante</i>.</p>	<p><i>Concreta:</i> Criterio de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio (imputación personal de un sujeto determinado). No interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta se está enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos concretos o no. Juicio <i>ex post</i>.</p>
<p>Criterio para la persecución</p>	<p>Criterios de oportunidad: lo que se busca es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el buen orden del sector de actividad determinado</p>	<p>Criterio o principio de legalidad.</p>

Mir Puig explica como el principio de intervención mínima del derecho penal choca con la tendencia actual de utilizar al derecho penal como instrumento meramente sancionador de normas no penales (civiles, mercantiles, administrativas). Esto tiene que ver, por una parte, con la errada, torpe y nefasta interpretación que se hace sobre el Estado social o intervencionista,⁴⁵ que se traduce en lo concreto en un incremento de su actividad legislativa (como si los cambios sociales se hacen solo por decreto y se materializaran a través del papel), la cual trata de ser asegurada con la implementación de sanciones penales a cualquier infracción de las nuevas normativas. Identificando de esta manera la hipertrofia legislativa con el grado de eficacia política de la gestión gubernamental, que en la realidad resulta todo lo contrario, porque termina colapsando al sistema penal e incrementa los costos sociales que produce toda criminalización (este fenómeno pudiera ser catalogado como una desviación autoritaria desde la izquierda). Por otro lado, paradójicamente esta racionalidad autoritaria también coincide con el neoliberalismo (derecha política), desde esta perspectiva Silva explica como actualmente estamos inmersos en la “sociedad del riesgo”, “de la inseguridad”, que conduce al “Estado vigilante” o “Estado de la prevención”, cuyos procesos de privatización y de liberalización de la economía sirven de caldo de cultivo y

45 “Creo que ésta es una vía de razonamiento que debe atenderse si se quiere evitar la peligrosa tendencia que posee todo estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una *administrativización* de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del *orden* colectivo” (Mir Puig, op. cit., p. 165).

acentúan estas tendencias. En este marco el derecho penal asume la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo (de allí el proceso de administrativización del derecho penal), a través del cual se busca gestionar los grandes problemas sociales, traducidos en cifras, no importando la lesividad del comportamiento individual. Esta “modernización” del derecho penal se caracteriza por la expansión y por la flexibilización de los principios políticos criminales y reglas de imputación, desnaturalizando el sistema de garantías del mismo. Así se visualiza que en la realidad las razones de izquierdas o de derechas se diluyen y entremezclan para coincidir ambas en la misma praxis autoritaria.

En el texto de Silva se pueden distinguir cuatro dimensiones de la administrativización del derecho penal: 1) El problema no es la lesividad del comportamiento individual sino las grandes cifras: delitos de peligro abstracto, y delitos de acumulación que vulneran principios penales como la culpabilidad y la proporcionalidad; 2) Gestión de los grandes problemas sociales a través del derecho penal: la protección penal del “Estado de la prevención”; 3) El redescubrimiento de la inocuidad; 4) Las soluciones de autorregulación que se presentan como alternativa eficiente a la estricta legalidad y a la jurisdiccionalidad. Los mencionados análisis se han concentrado solo en el derecho penal de carácter sustantivo, es por ello que en el presente ensayo se incluye una quinta dimensión de la administrativización del derecho penal: *la administrativización del derecho penal adjetivo, consistente en mermar cada vez más las garantías propias del proceso penal, asemejándolo a un mero procedimiento administrativo controlado por el ejecutivo y sus órganos policiales.*

De la administrativización del derecho penal, que sería una “segunda velocidad” para Silva, puede pasarse fácilmente a una “tercera velocidad” que se expresa en el **Derecho Penal del Enemigo**.⁴⁶ Entre las principales caracte-

46 “De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando dos “velocidades”, en el marco del ordenamiento jurídico-penal: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, según Silva Sánchez, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos –tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño–, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas «clásicos». Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no –una cuestión que excede de estas breves consideraciones–, la imagen de las «dos velocidades» induce inmediatamente a pensar –como ya ha hecho el propio Silva Sánchez– en el Derecho penal del enemigo como «tercera velocidad», en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la «flexibilización» de los principios político-criminales y las reglas de imputación.” Cancio,

terísticas de este “Derecho” Penal del Enemigo se encuentra la **flexibilización, relativización e incluso supresión de las garantías procesales.**⁴⁷

Enmarcadas en estas lógicas autoritarias de desmontaje de las garantías procesales en materia penal se manifestaría la policialización de determinadas fases del proceso penal, tal como ha sucedido con los recientes cambios legislativos en materia de investigación penal en Venezuela y que a continuación se describirán.

II.2. LA POLICIALIZACIÓN DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN EN VENEZUELA⁴⁸

Antes de hablar de la *policialización*⁴⁹ se considera necesario distinguir esta idea del término *policización*,⁵⁰ ambos utilizados en nuestra región y que pueden ser fácilmente confundidos.⁵¹

A través del término *policización* Zaffaroni explica el proceso a través del cual la institución policial crea a sus policías, haciendo un paralelismo con los procesos de criminalización que crean delincuentes, desde una perspectiva claramente interaccionista. En el plano “formal” las instituciones policiales manejan un discurso moralizante; pero en la realidad, como consecuencia del rol que le asigna la “propaganda masiva trasnacionalizada” (violencia, no intervención judicial, solución ejecutiva de los conflictos, machismo, insensibilidad, etc.), se le exige al policía que su conducta sea la misma que la de

M., “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en AA.VV. *Derecho Penal del Enemigo*, España: Editorial Aranzadi, 2006.

- 47 Jakobs, G., “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en AA. VV., *Las ciencias del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; García A., J., “El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, España, Edisofer, Editorial B de F, 2006; Cancio, M., op. cit.
- 48 El análisis presente en esta sección forma parte de un proyecto de investigación más amplio. Para ver el impacto de la legislación objeto de estudio sobre el órgano de investigaciones respecto a sus relaciones de necesaria subordinación funcional al Ministerio Público, así como la policialización del mencionado órgano, ver: Ávila, 2013.
- 49 Sain, M., *El Leviatán Azul. Policía y Política en la Argentina*, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2008.
- 50 Zaffaroni, R., *En busca de las Penas Perdidas*, EDIAR S.A., Buenos Aires, 1998.
- 51 Se agradece la esclarecedora y grata conversación con Roberto Manuel Carlés sobre la distinción entre ambos términos, así como la facilitación de su trabajo: Carlés, R., *El gobierno local del delito en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: retóricas participativas y policialización de la cuestión securitaria*. Informe final presentado al Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Beca CLACSO-Asdi 2011-2012, en curso de publicación.

un psicópata. Es así como se da un “proceso de deterioro al que se somete a las personas de los sectores carenciados de la población que se incorporan a las agencias militarizadas del sistema penal, consistente en deteriorarles su identidad originaria y reemplazarla por una identidad artificial, funcional al ejercicio de poder de la agencia”.⁵²

En contraste, a este proceso subjetivo que forja al funcionario policial, Sain utiliza el término *policialización* para explicar el proceso a través del cual los gobiernos entregan a “la institución policial tareas básicas de dicho gobierno” en materia de seguridad ciudadana. Es el empoderamiento de la policía (mayor discrecionalidad, operatividad, recursos, incidencia en su diseño y desarrollo institucional, así como en las estrategias de control del delito, etc.) ante problemas sociopolíticos, los cuales son gestionados bajo una perspectiva predominantemente bélica y centralizada, orientada por los intereses de esta institución. Trayendo como consecuencia lógica un desgobierno político en procura de un autogobierno policial. En el presente análisis se adopta el término *policialización* desde la perspectiva del politólogo argentino, que apunta más a procesos institucionales y a lógicas de gestión.

Por policialización de la fase de investigación se entiende el proceso a través del cual esta fase del proceso penal trata de ser despojada de su carácter procesal y, consecuentemente, de su necesaria judicialización, garantizada por la dirección del Ministerio Público en el marco del sistema acusatorio, para ser forjada como un procedimiento administrativo, tecnocrático, alejado del derecho y de instituciones jurídicas, desprendido de todas las garantías procesales y penales, para convertirse en una función meramente policial, ejercida autónoma y discrecionalmente por las agencias policiales, sin control externo ni jurisdiccional alguno.

En este proceso se pueden distinguir claramente dos dimensiones del fenómeno que operan de forma paralela y se retroalimentan entre sí: 1) Merma de la dirección del Ministerio Público sobre la investigación penal y del control de esta institución sobre el órgano de investigaciones; 2) La desjudicialización de la fase de investigación para concebirla como una mera función policial de carácter eminentemente tecnocrático.

II.2.1. La merma de la dirección del Ministerio Público sobre la investigación penal y de su control funcional sobre el órgano de investigaciones:

Como ya se ha señalado, en Venezuela la promulgación del COPP en enero de 1998, marcó el inicio de la reforma procesal, que consistía primordial-

52 Zaffaroni, R., op. cit., p. 145.

mente en el cambio del sistema inquisitivo por uno de carácter acusatorio. Tras el nuevo Código, vinieron las nuevas leyes del Ministerio Público (reformada en marzo de 2007) y las subsiguientes legislaciones que rigen al principal órgano de investigaciones del país, el CICPC, que han sido reformadas en los años 2001, 2007 y 2012.

En términos generales, con sus altibajos, en la legislación que rige las investigaciones penales hubo dos grandes pasos que constituyeron un avance significativo en el proceso de reforma, en especial, en lo referente al órgano de investigaciones criminalísticas: 1) El cuerpo encargado de esta función dejaba de ser *policía judicial* para convertirse en *órgano de investigaciones*, y; 2) La *adscripción funcional* de este órgano pasa a estar *a cargo del Ministerio Público*. No obstante, estos dos significativos avances se han visto severamente afectados por las reformas legislativas del año 2012.

No se puede perder de vista que el contexto de estas reformas es la campaña por la silla presidencial, que como se ha explicado en otras oportunidades,⁵³ al estar inmersas en la emotividad electoral, en donde lo securitario ocupa los primeros lugares de la agenda, la racionalidad autoritaria, de disminución de garantías y de eficientismo mediático, es lo que predomina. Como antecedente de este *cocktail* no pueden perderse de vista los publicitados “Madrugonzos” implementados a comienzos de 2011, consistentes en la toma de determinadas zonas de la ciudad por el CICPC para realizar redadas, allanamientos, alcabalas, requisa de vehículos y detenciones de personas. Política que fue seriamente cuestionada a partir del asesinato de tres detenidos en los calabozos del CICPC, en mayo de ese mismo año. Diez meses después, en marzo de 2012, el asesinato de la hija del Cónsul Chileno en el Estado Zulia, al pasar por una alcabala del CICPC, reavivó el debate sobre las funciones de este cuerpo, lo que sirvió como detonante para acelerar los proyectos de reforma que venían en marcha.

Las recientes reformas legislativas en esta materia, específicamente el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses (LOSPI), cuyo solo nombre da indicios de la calidad de la técnica legislativa empleada, que deroga la Ley del CICPC de 2007, junto a la última reforma del COPP, ambas

53 Ávila, K., “La instrumentalización del delito: política, empresas de comunicación e inseguridad. Sobre cómo la inseguridad logró posicionarse en el primer lugar de la agenda pública en Venezuela.”, en Espacio Abierto, Vol.19, N°2:297-329. Venezuela: LUZ, 2010, disponible en World Wide Web: <http://www.revistas.luz.edu.ve/index.php/ea/article/viewFile/4639/4514> .

publicadas el 15 de junio de 2012, tienen en común el intento por menguar la dirección del Ministerio Público sobre la investigación penal.

Tanto en la LOSPI como en la última reforma del COPP hay intencionados pero –afortunadamente– no bien logrados cambios de redacción que *intentan restarle protagonismo al rol del Ministerio Público como director de la investigación penal*, no obstante, las nuevas redacciones pueden agravar las tensas relaciones existentes entre esta institución y el CICPC, dificultando en la práctica el casi imposible control que debe ejercer el primero sobre el segundo. Algunos ejemplos concretos de lo planteado que se encuentran en la LOSPI son los siguientes:

1. En su artículo 19 establece que el “órgano rector” del servicio de policía de investigación es el Ministerio con competencia en materia de seguridad ciudadana, ¿cómo debe interpretarse la relación entre el “órgano rector” (Ministerio de Interior y Justicia) y el director de la investigación penal (Ministerio Público)?;
2. En su artículo 34 intenta suprimir el carácter de director principal de la investigación penal que tiene el Ministerio Público relegando al mismo a las labores eminentemente jurídico-constitucionales, lo que a efectos prácticos (en contra de la voluntad de los legisladores) en vez de reducir su campo de acción, le fortalece, ya que el control de la legalidad está por encima de la labor técnico-científica;
3. En su artículo 50 (que equivale al artículo 11 de la Ley del CICPC de 2007) elimina entre las labores del CICPC la práctica de diligencias ordenadas por el Ministerio Público, aunque las menciona tímidamente en el artículo 35.2;
4. Deroga el artículo 24 de la Ley del CICPC de 2007 que establecía la no remoción de los funcionarios de investigaciones penales o que los mismos no fuesen apartados de la investigación, si no es por decisión del fiscal del Ministerio Público conforme a las causales establecidas por ley. Lo que se encuentra en sintonía con la supresión de los artículos 114 y 116 del COPP de 2009 tal como se explicará a continuación.

En el caso de la última reforma del COPP también se aprecia esta racionalidad por otorgarle una mayor discrecionalidad al órgano de investigaciones:

1. El artículo 124 ahora establece una excepcionalidad genérica respecto a la titularidad de la acción penal;
2. El artículo 118 elimina el poder disciplinario que tenía el Fiscal General de la República sobre los órganos de investigación consagrados en el artículo 116 del COPP anterior;

3. La supresión del artículo 114 del COPP de 2009 que establecía la subordinación de los órganos de policía de investigaciones respecto al Ministerio Público, así como la eliminación de la prohibición que tenía la autoridad administrativa de revocar, alterar o retardar una orden emitida por el fiscal.

Mención especial merecen estos dos últimos puntos, que serían parte de las consecuencias lógicas que derivan de la dependencia funcional del investigador al fiscal, tales como: la imposibilidad de que el investigador pueda ser removido o apartado por su superior jerárquico (Poder Ejecutivo) de la investigación que le hubieren encomendado hasta su finalización, salvo que así lo autorice el fiscal, conforme a las causales establecidas en la ley; así como la imposibilidad que debería tener la autoridad administrativa del CICPC para revocar, alterar o retardar una orden emitida por el fiscal; y, finalmente, que el Fiscal General de la República goce de un poder disciplinario sobre los investigadores del CICPC en caso de negligencias, retrasos y omisiones frente a órdenes que les impartan los fiscales. Estas tres tímidas atribuciones del Ministerio Público, tal como ya se ha señalado *ut supra* han sido formalmente derogadas por la actual reforma de 2012, subsistiendo solo el numeral 14 del artículo 25 de la LOMP, que establece entre las atribuciones del Fiscal General de la República la aplicación directa de las sanciones disciplinarias legalmente establecidas a los funcionarios de investigaciones penales, previo cumplimiento del respectivo procedimiento.

Así entonces, si antes todas estas normas no trascendían de la mera formalidad, y se evidenciaba que la adscripción orgánica terminaba prevaleciendo siempre ante la funcional; ahora con las reformas de 2012 se da una vuelta de tuerca más para el establecimiento del Estado de Policía⁵⁴ y el empoderamiento del órgano de investigaciones.

No obstante, a pesar de la intencionalidad de los reformadores, la deficiente calidad técnica de ambos instrumentos legales en lo que a esta materia se refiere, aunado a una lectura armónica y crítica de los mismos respecto al resto del bloque normativo, en especial con la CRBV y la LOMP, afortunadamente, impide que las intenciones de esta reforma puedan materializarse fácilmente.⁵⁵

54 Alagia, A y otros, *Manual de Derecho Penal*, 2da ed., 1era reimp., EDIAR, Buenos Aires, 2007.

55 Trágicamente a menos de una semana de la publicación de la nueva legislación funcionarios del CICPC asesinaron por error a uno de sus compañeros en una alcabala ilegal (<http://www.eluniversal.com/sucesos/120622/funcionarios-del-cicpc-mataron-a-un-companero-en-una-alcabala-ilegal>), en una práctica muy similar al sonado caso Kennedy del año 2005, perdiendo la nueva legislación su efecto simbólico inmediato.

A pesar de las reformas legislativas que intentan restaurar el sistema inquisitivo en el país, disminuir los controles sobre el CICPC y otorgarle más poder y discrecionalidad al mismo, es vital para el buen funcionamiento del actual sistema que entre este cuerpo y el Ministerio Público exista una estrecha y clara vinculación. La misma debe ser asumida en términos de subordinación funcional (Roxin, op.cit.:57) por parte del CICPC, toda vez que tanto la CRBV (artículos 285, numerales 3 y 4); como el COPP (artículos 111 -numerales 1 al 4-, 114, 116, 265, 266, 291 y 514 -numerales 7 al 9-), LOMP (artículos 16 -numerales 3 al 6-, 25 -numerales 13, 14 y 24-, 31.11, 37 -numerales 6,9,10 y 11- y 53.1), LOSPI (artículos 34, 35 -numerales 2 y 3- y 40) y la LOSPCPNB (artículo 33) establecen que quien ordena y dirige la investigación penal es el Ministerio Público.

II.2.2. La desjudicialización de la fase de investigación para concebirla como una mera función policial (*policialización*) de carácter eminentemente tecnocrático.

La intencionalidad política de la nueva LOSPI apunta a la policialización de la fase de investigación, tanto así que la filosofía de esta ley es la concepción de la investigación penal como una parte integrante del servicio de policía (artículos 5 al 7). Esto ratifica que las lógicas securitarias en Venezuela están apuntando más a administrativizar y policializar en vez de judicializar esta fundamental fase del proceso penal.

En este sentido, Roxin advierte sobre el peligro de entregar cada vez más a las policías el procedimiento de investigación en detrimento de la dirección fiscal: “frecuentemente, ella [la policía] conduce las investigaciones autónomamente y sólo cuando están terminadas eleva el expediente a la fiscalía, la que entonces sólo decide si sobresee el procedimiento o promueve la acusación. Esto resulta cuestionable, porque afecta la conducción del procedimiento de investigación por las autoridades judiciales”.⁵⁶

Lo anterior se complementa con la necesaria diferenciación entre las labores propiamente policiales y las de investigación. Para ello es importante ratificar que las principales funciones del CICPC deben ser de carácter *post delictivo*: investigación de delitos e identificación de sus autores y cómplices; en contraste con las labores de las policías uniformadas que son de carácter eminentemente preventivas (*ex ante*), ocurren antes de que suceda el delito, o en su defecto se constituyen en acciones de contención coetáneas con éste (Ávila 2013; 2012). Por un lado, la LOSPCPNB ya abría el camino en este sentido (artículos 18 -numeral 12-; 37; 39 -numerales 1 y 4- y la disposición

56 Roxin, C., op. cit., p. 70.

transitoria séptima) ya que definen claramente las competencias policiales pudiendo diferenciarse éstas de las funciones de investigación, en sintonía con esta idea están los artículos 5 y 53.1 de la LOSPI. Sin embargo, la misma LOSPI presenta contradicciones internas y en ella, como ya se ha explicado, termina imponiéndose una lógica de policialización de la fase de investigación penal, contribuyendo más a la confusión entre las labores de prevención y las de investigación. Policizando cada vez más a los investigadores, usando como plantilla de la nueva legislación a la LOSPCPNB. Desconociendo, de esta manera, lo que ya se ha afirmado en las páginas precedentes: la función policial es distinta a la función de investigar, los investigadores no son policías.

Esta contradicción se evidencia con el fortalecimiento de la adscripción orgánica del CICPC al Ministerio de Interior y Justicia presente en la mencionada ley, situación que representa una continuidad en el sometimiento de esta institución a criterios de seguridad ciudadana, preventivos y de orden público en general. Por ejemplo, ¿Cómo el Director del CICPC podría negársele al Ministro de Interior cuando éste por “razones de Estado” le ordene efectuar labores de patrullaje, vigilancia de manifestaciones políticas, entre otras? Peor aún, ¿qué pudiera decirle éste al Presidente de la República ante semejantes órdenes? Esto último es muy factible, dado que el artículo 14 de la Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación, promulgada el mismo día que la LOSPI y la reforma del COPP, establece que el Presidente ejerce la “rectoría” y “dirección” de la función de la policía de investigación. Debido a lo delicado de esta situación, actividades de seguridad ciudadana o de carácter preventivo, que son propiamente funciones policiales, deberían ser claramente diferenciadas de las funciones propias de investigación penal, lamentablemente la nueva legislación agudiza la promiscuidad entre ambas funciones.

El fondo real de esta reflexión crítica es la dicotomía existente entre derechos y justicia, por un lado, versus seguridad, por el otro, en la que se aprecian claramente las tensiones entre el Estado Social de Derecho y de Justicia que lucha constante y dialécticamente contra el Leviatán absolutista, o en términos de Zaffaroni,⁵⁷ esto no es más que la lucha entre el modelo del Estado de Derecho y el modelo del Estado de Policía.

57 Alagia, A y otros, *Manual de Derecho Penal*, 2da ed., 1era reimp., EDIAR, Buenos Aires, 2007.

Reflexiones finales

Al policializar la fase de investigación, la cual -como ya se ha explicado- determina de una manera crucial al juicio y por lo tanto al proceso mismo, se estaría entonces policializando también y de forma considerable al proceso penal en su totalidad. Esto significa una merma considerable del debido proceso y de los derechos y garantías que éste abarca, todo ello, en parte, como consecuencia de la disminución de la dirección que debe tener el Ministerio Público sobre la investigación penal. Lo que evidencia no solo el desmontaje progresivo del sistema acusatorio en Venezuela, sino también la tendencia a administrativizar cada vez más al derecho penal tanto sustantivo como adjetivo, en procura del fortalecimiento del Estado de Policía y en detrimento del Estado Social, de Derecho y de Justicia consagrado en la CRBV, a través de la restauración progresiva del sistema inquisitivo en el país.

Bibliografía

- Alagia, A y otros, *Manual de Derecho Penal*, 2da ed., 1era reimp., EDIAR, Buenos Aires, 2007.
- Ávila, K. “Campañas securitarias: el órgano de investigaciones criminalísticas”, en *Espacio Abierto*, Vol.22, N°3:701-730, Venezuela, LUZ, 2013, disponible en World Wide Web: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/ea/article/view/16198> .
- Ávila, K., “¿Policía de investigación? Reflexiones sobre la naturaleza de su función y órgano de adscripción.”, en *COMUNES*, Revista de Seguridad Ciudadana y Pensamiento Crítico, N°1, Venezuela, Universidad Nacional Experimental de la Seguridad, 2012.
- Ávila, K., “La instrumentalización del delito: política, empresas de comunicación e inseguridad. Sobre cómo la inseguridad logró posicionarse en el primer lugar de la agenda pública en Venezuela.”, en *Espacio Abierto*, Vol.19, N°2:297-329. Venezuela: LUZ, 2010, disponible en World Wide Web: <http://www.revistas.luz.edu.ve/index.php/ea/article/viewFile/4639/4514> .
- Binder, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.
- Cancio, M., “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en *AA.VV. Derecho Penal del Enemigo*, España: Editorial Aranzadi, 2006.
- Cancio, M. y otro, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, España: Edisofer / Editorial B de F, 2006b.
- Carlés, R., *El gobierno local del delito en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: retóricas participativas y policialización de la cuestión securitaria*. Informe final presentado al Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Beca CLACSO-Asdi 2011-2012, en curso de publicación.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 5ta ed., Madrid, Trotta. 2001.
- García A., J., “El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs”, en *AA. VV. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, España, Edisofer, Editorial B de F, 2006.

¿POLICIALIZAR O JUDICALIZAR?

- Gimeno Sendra, V., “Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la Investigación Oficial”, en *Revista Justicia*, N° IV, 1988.
- Jakobs, G. y otro, *Derecho Penal del Enemigo*. España: Editorial Aranzadi, 2006.
- Jakobs, G., “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en AA. VV., *Las ciencias del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Kelling, G. y otro, “Ventanas rotas. La policía y la seguridad de los barrios”, en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, N° 15, Buenos Aires, 2001.
- Martín y Martín, J., *La instrucción penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Mir Puig, S., *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- Pérez Martínez, R., “La policía judicial en el Estado democrático de derecho”, en *Policía y sociedad democrática*, Número 3, pp. 155-172, Editores del Puerto, Editores del Puerto, 1998.
- Pérez Sarmiento, E., *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, Quinta edición, Vadell hermanos, Venezuela, 2007.
- República Bolivariana de Venezuela, *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación*. G.O. N°39.945, 2012.
- República Bolivariana de Venezuela, *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses*. G.O.E. N°6.079, 2012.
- República Bolivariana de Venezuela, *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal*. G.O.E. N°6.078, 2012.
- República Bolivariana de Venezuela, *Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana*. G.O. 5.940, 2012.
- República Bolivariana de Venezuela, *Código Orgánico Procesal Penal*, Gaceta Oficial N° 5.930, Caracas, 2009.
- República Bolivariana de Venezuela, *Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas*, G.O. N° 38.598, 2007.
- República Bolivariana de Venezuela, *Ley Orgánica del Ministerio Público*, G.O. N° 38.647, 2007.
- República Bolivariana de Venezuela, *Ley Orgánica del Poder Ciudadano*. G.O. N° 37.310 del 25-10-2001.
- República Bolivariana de Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. G.O.E. N° 5453, 2000.
- Riego, C., “Las reformas judiciales y la seguridad ciudadana”, en *Revista Perspectivas en política, economía y gestión*, N° 1, Universidad de Chile, Chile, 1999.
- Rivera, R., *Actos de investigación y pruebas en el proceso penal*, Barquisimeto, Universidad Católica del Táchira, Librería J. Rincón, Venezuela, 2008.
- Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

- Sain, M., *El Leviatán Azul. Policía y Política en la Argentina*, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2008.
- Silva Sánchez, J., *La expansión del derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Euros Editores S.R.L.-B de F Ltda., Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- Vásquez, M., “Actos de investigación y actos de prueba”, en Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal. Temas actuales de Derecho Procesal Penal 27, 28 y 29 de mayo, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 2003.
- Weber, M., *La objetividad del conocimiento en la ciencia y de las políticas sociales*, 1904.
- Zaffaroni, R., *En busca de las Penas Perdidas*, EDIAR S.A., Buenos Aires, 1998.
- Zerpa, A., “Revisión de Alguno de los Derechos Consagrados en la Garantía al «Debido Proceso» en su relación con el Proceso Penal Venezolano”, en *Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. X Jornadas de Derecho Procesal Penal*, UCAB, Caracas, 2007.

(Footnotes)

- ¹ Muy en sintonía con el principio de jurisdiccionalidad en sentido estricto, que correspondería a un modelo procesal garantista, presente en la obra de Ferrajoli y que se explicará más adelante.

DERECHOS HUMANOS VS. IMPUNIDAD

UNA APROXIMACIÓN AL FUNCIONAMIENTO Y ALCANCES DE LA CICIG

Por *Carlos A. Calderón Paz*¹

Sumario: I. Introducción. II. Órganos internacionales contra la impunidad. III. El escenario: Guatemala, breves antecedentes. IV. Proceso de paz. V. Acuerdos de Paz. VI. La antecesora de la CICIG, la “CICISACS”. VII. CICIG, fiscalía internacionalizada como alternativa para la investigación y persecución penal. VIII. Que son los “Cuerpos Ilegales de Seguridad y aparatos clandestinos”. IX. Marco jurídico de la CICIG para ejercer funciones. X. Funciones de la CICIG de acuerdo a su mandato. Conclusiones. Bibliografía.

ABREVIATURAS

CACIF	Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras.
CEDECON	Centro para la Defensa de la Constitución.
CEH	Comisión para el Esclarecimiento Histórico.
CGC	Contraloría General de Cuentas.
CIA	Central Intelligence Agency (Agencia Central de Inteligencia).
CICIG	Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala.
CICISACS	Comisión para la Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad.
CISACS	Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad en Guatemala.
DEMI	Defensoría de la Mujer Indígena.

1 Profesor de grado y postgrado e investigador de la Dirección General de Investigación del CUNOC (DICUNOC) y miembro del Consejo Consultivo del Instituto de Investigaciones del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente. II DEP-CUNOC. Universidad de San Carlos de Guatemala. USAC.

FAR	Fuerzas Armadas Revolucionarias.
FECI	Fiscalía Especial contra la Impunidad.
ICMSJ	Instancia Coordinadora para la modernización del sector justicia.
MG	Ministerio de Gobernación.
MINUGUA	Misión de Naciones Unidas para la Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala.
OEA	Organización de Estados Americanos.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
ORPA	Organización de Pueblos en Armas.
PGT	Partido Guatemalteco del Trabajo.
PNC	Policía Nacional Civil
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
REMHI	Recuperación de la Memoria Histórica.
RGP	Registro General de la Propiedad.
SAT	Superintendencia de la Administración Tributaria.
SEDEM	Seguridad en Democracia.
SEPREM	Secretaría Presidencial de la Mujer.
SIB	Superintendencia de Bancos.
SOSEP	Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente.
UEFAC	Unidad Especial de Fiscalía Adscrita a la CICIG.
UFCO	United Fruit Company.
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas.
UNIFEM	Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la mujer.
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
URNG	Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.
USA	United States America. (Estados Unidos de América)

I. Introducción

Generalmente, en el carácter común del lenguaje cotidiano guatemalteco, se beneficia por admitida la máxima: *“los derechos humanos, sus funcionarios, empleados, instituciones o dependencias, favorecen la impunidad”*. Por añadidura se sostiene la desafortunada creencia de que su establecimiento busca proteger la delincuencia. En este sentido, en afán pedagógico, nos proponemos algunas reflexiones acerca de la situación histórica de los instrumentos internacionales de derechos humanos e instituciones que permiten a toda persona, por su

condición humana, su realización garantizando la vida digna, particularmente, elucidamos la consagración de los derechos humanos frente a la impunidad.

En rigor, lo que conocemos, por ahora, como derechos humanos, notablemente han venido evolucionado hasta nuestros días; en su origen germinaron desde la idea de que solamente el Estado constituye el sujeto activo que puede vulnerarlos, de tal manera que fueron creados órganos jurisdiccionales para responsabilizar a los Estados de su debido cumplimiento, aquellos declaraban la violación de derechos, ordenando una reparación y/o indemnización.

Sin embargo, para los casos de graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos, los primigenios órganos jurisdiccionales no era un mecanismo efectivo; por tanto los derechos humanos se encontraron exigidos de un despliegue mayor en términos institucionales e instrumentales capaces de determinar la responsabilidad personal de los actores, ingresando así al ámbito del Derecho Penal Internacional; esta evolución por el momento ha perfilado en el establecimiento de la Corte Penal Internacional de carácter permanente, la cual empieza a dar algunos frutos y su perspectiva nos parece fecunda, tanto así que probablemente, en los próximos años obtendremos categóricas demostraciones acerca de haber colmado las expectativas previstas.

En este contexto, Guatemala, en años recientes, ha gestado un nuevo experimento, otro modelo, algo distinto, que se bautiza con el nombre de: Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) la cual otorga investidura jurídica a una “fiscalía internacional de investigación y de persecución penal” cuyas peculiares características conciben menores costos en relación a los tribunales internacionales, mayor versatilidad, así como armonización de esfuerzos locales e internacionales.

La CICIG, nace con un potencial aún no apreciado ni imaginado para fecundar en otros países que afronten problemáticas similares como a las que le dieron origen. Estas causas, aunque en otros países existen, se ocultan, o no se admiten abiertamente, están presentes con otros ropajes y permanecen, de propósito, invisibles, sin que haya intención de hablar al respecto, mucho menos de acometerlas.

El proyecto CICIG, desde su inauguración generó agudas polémicas y parece que a la fecha todavía persisten en diferentes conglomerados, por tanto, consideramos de vital importancia aproximarnos a conocer un poco más de lo que para toda opinión pueda parecer perceptible, presentando sencillas reflexiones distantes del binomio favorable-desfavorable, en ánimo de ilustración ciudadana y en atrevimiento por esclarecer ésta figura legal-novedosa del Derecho Internacional Público.

Por supuesto, nuestro intento de aproximación a la CICIG conlleva la aspiración pedagógica de asistencia ciudadana nacional –que muy a propósito y por algún interés ajeno, vivimos desinformados o mal informados–. Además, puede ser provechoso a cualquier residente de nuestra aldea global, en tanto que la idea –de nuestra aproximación– en algún momento pueda ser tomada en cuenta para la creación de modelos en futuro.

En este ensayo por sistematizar la actividad desplegada por la CICIG., iniciamos un rápido pasaje de antecedentes, encontrando la primigenia circunstancia de la Comisión para la Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad, (CICISACS), para luego hacer hincapié en las funciones de la CICIG, el motivo por el cual fue creada, las actividades realizadas y otras por realizar.

Seguramente, para comprender este modelo de derecho penal internacional, consideramos importante traer a cuenta, aunque en forma sumaria, otros modelos, como juzgados y tribunales *ad hoc* en otros países y, en lo relativo a nuestro sistema jurídico nacional, resulta ineludible pasar por la historia de Guatemala, para conocer su sustancia social, económica, cultural, política, ideológica y diversidad étnica que nos permita situarnos en contexto, valorar –en una justa dimensión– cómo se concibió la denominada CICIG, habida cuenta que la atmósfera en que este ente fue promovido, tiene muchos símiles en diversos países del orbe: la lucha por el poder como dominación, lo cual ha sido impuesto en Latinoamérica.

Cuando entidades internacionales desean actuar dentro de un Estado-Nación, la primera reflexión consiste en preguntarnos ¿Estamos ante una nueva intromisión internacional, que vulnera la soberanía y su libre autodeterminación, que lejos de fortalecerla institucionalmente, lo debilita? ¿Vuelve a refrendarse la historia intervencionismo en nuestras naciones? Siguiendo esta línea de indagación, la CICIG es un mecanismo de cooperación internacional *sui generis*, que debe ser evaluado y sus resultados sopesados objetivamente, sin rechazarle *a priori*.

La impunidad es un mal que existe en todos lados; sin embargo, cuando esto adquiere dimensiones incognoscibles, generalizadas y sistémicas, la situación está fuera de control. Paradójicamente pasa a ser algo normal para muchos, que lo asumen en su habitualidad cotidiana. Se deja de hacer y se pierden esperanzas. La dinámica social se va adaptando, se aprende a convivir con esto y en un momento se olvida perdiéndose la conciencia sobre su existencia. Pero ahí está.

Quienes dirigen un país, los encargados de la seguridad, de la investigación y persecución penal del delito, si realmente estuvieran comprometidos con la

población, tendrían que aceptar inicialmente, que se está mal y que se vive en una situación caótica, por lo que, deben asumir su responsabilidad de combatir ese mal por todos los medios a su alcance y, en caso extremo, requerir apoyo de quienes estén dispuestos a darlo.

El fenómeno de la impunidad, hay que combatirlo desde adentro; pero considerando que su organización, estructura y efectos ha rebasado el ámbito nacional, sus tentáculos llegan a niveles multinacionales. De ahí que las estrategias para enfrentarlo, deben ser dentro del marco de la ley, desde lo endógeno a lo exógeno y viceversa, nacional e internacional, pero innovadora, eficaz, fiable, versátil y contundente.

La normativa internacional sobre derechos humanos, en su constante evolución a nivel mundial, recién en estas últimas décadas modificó su tendencia de deducir responsabilidades a los estados por la violación a estos derechos. Sin dejar de ejercitarse, se dieron pasos concretos para dirigir las acciones hacia la determinación de la responsabilidad penal personal y garantizar su sanción, ante violaciones masivas y sistemáticas. Esta lucha gira y endereza acciones en contra de la impunidad, especialmente aquella que se origina luego de atrocidades cometidas en la segunda guerra mundial; combatir la impunidad en estos casos se considera indispensable para mantener la paz y la seguridad internacional.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) y sus órganos, jurídicamente establecidos en virtud de la Carta de Naciones Unidas,² tienen una finalidad en común, que es su razón de ser: mantener la paz y la seguridad internacionales. A partir de éste gran objetivo, han venido creándose una serie de órganos e instrumentos relativos a lograr esos fines.

Pero en este camino, se tropieza con problemas complejos; en principio los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos,³ que luego se replican en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ y en el continente americano, en la Convención Americana sobre Derechos

2 Adoptada en conferencia de San Francisco, Estados Unidos el 26 de junio de 1945, entro en vigor el 24 de octubre de 1945.

3 Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

4 Adoptada y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Humanos,⁵ entre otros instrumentos derivados, estos refieren un cúmulo de derechos de la persona individual frente al Estado.

En cuanto a los derechos civiles que se refieren a los principios básicos en la función judicial y a un debido proceso, se extrae que su redacción e intención, es clara y sin duda, en buena medida, limitar las facultades estatales en el ejercicio del *ius puniendi*, estableciéndose en consecuencia las bases o principios para el juzgamiento democrático y “racional” de aquellas personas a quienes se les señale de la comisión de un delito. Los derechos se redactan a favor y para la protección del sujeto pasivo de un proceso; solo implícitamente se establecen normas de actuación de quienes deben asumir acciones o ser sujetos activos.

Siendo normas de derechos humanos y conforme al principio *pro homini*, éstas se han ido ampliando y nutriendo mejor cada vez por medio de la adopción de otros instrumentos y jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisiones Especiales, Relatorías y Comités.

Se extrae que la idea central es establecer valladares infranqueables a las funciones estatales, buscando evitar el abuso de poder, en donde el Estado es o puede ser el único sujeto capaz de tomar acciones que afectan los derechos humanos; ello explica que cuando se ve a un defensor de derechos humanos ejerciendo acciones, dentro o paralelamente a un proceso penal ordinario, *vox pópuli* se asegure que interviene “defendiendo” delincuentes.

En contraste, uno de los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos referido a la impunidad, poco conocido y bastante tímido en reconocer derechos, es la Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y Abuso de Poder,⁶ el cual no tiene carácter de formal y vinculante. En todo caso establece algunos derechos mínimos para las víctimas de delincuencia común y abuso de poder estatal y busca como objetivo central evitar su victimización secundaria. No tratando directamente el tema de la impunidad.

Un poco más recientemente, vemos que la comunidad internacional se preocupa de algo más específico para la lucha contra la impunidad. Se aprueba un

5 Adoptada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entro en vigor el 18 de julio de 1978.

6 Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/43, del 29 de noviembre de 1985.

instrumento denominado “Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad”,⁷ el cual de manera más precisa se refiere a los derechos de las víctimas, entre ellos el derecho a saber la verdad, en consecuencia, esto se traduce en una obligación para las autoridades de persecución penal de investigar el delito, se refiere también dicho instrumento al efectivo acceso a la justicia y garantías de reparación, etcétera. Sin embargo, sigue siendo un instrumento no convencional y por lo tanto no obligatorio. En todo caso, en el ámbito latinoamericano ha motivado reformas legales, organizándose sistemas acusatorios adversariales con amplia participación de víctimas a diferencia de su matriz anglosajona.

Por otra parte, la obligación de investigar, perseguir penalmente y sancionar el delito, ha sido reconocido reiteradamente como un derecho humano de víctimas del delito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸ (CORTEIDH) en consecuencia es un actuar imperativo que todo Estado debe satisfacer, pero a la vez se deben de respetar los derechos humanos de los acusados, porque todo juicio y condena debe hacerse dentro del marco de un debido proceso legal.

En ese sentido, la comunidad internacional se ha visto ante la necesidad de discutir y crear instrumentos internacionales e instituciones para luchar contra la criminalidad, evitar más víctimas en particular y todas las consecuencias económicas, políticas y sociales que esto implica; para superar muchas dificultades ha sido necesario establecer y mejorar el auxilio judicial internacional a manera de que estas acciones no queden impunes, sobre todo en delitos de criminalidad organizada transnacional.⁹

Ambas posiciones, totalmente reconciliables teóricamente; sin embargo, generan tensión en el ámbito de la discusión política legislativa y en el foro al asumir decisiones judiciales; siendo ambos derechos humanos, se hace muy difícil su debido cumplimiento y la plena satisfacción para ambas partes, lo

- 7 Preparado por el relator especial de Naciones Unidas Louis Joinet en 1997 y actualizados por Diane Orentlicher en el 2005. E/CN.4/2005/102. 18 de febrero del 2005.
- 8 Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia del 24 de enero de 1998. Caso Bamaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre del 2000. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre del 2003. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 9 Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada Transnacional, resolución 55/25 de la Asamblea General del 15 de Noviembre del 2000 y Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, resolución 58/4 de la Asamblea General del 31 de octubre de 2003, entre otras.

cual redunda siempre en inconformidad para alguna de ellas. Sobre todo ocurre en estos días, cuando estamos presenciando el juzgamiento de ex mandatarios, altos ex funcionarios, empleados públicos o miembros de la criminalidad organizada nacional o transnacional vinculados con el aparato estatal, cuya organización y fortalecimiento ha trascendido haciéndose visible en estos últimos años en muchos lugares del mundo.

Toda esta discusión, no solamente es tema de académicos, se menciona entre ciudadanos con escasa cultura jurídica y ocupa un espacio muy amplio en los medios informativos, llegando a todos los niveles, incluso es discurso partidista en épocas electorales y es en gran parte componente de los proyectos políticos y de aparente gestión de las entidades gubernamentales de cualquier país y de las organizaciones no gubernamentales.

En todo caso, jurídicamente el asunto es complejo, porque hay que buscar mecanismos para luchar contra la impunidad y desarrollarlos dentro del marco jurídico de protección de derechos reconocidos como principios o garantías de juicios justos para todo acusado, ya que toda actividad estatal relativa a la investigación, persecución penal y sanción del delito, está sujeta a la supervisión de órganos internacionales de protección de derechos humanos.¹⁰

La tendencia a respetar derechos de los acusados a toda costa, se le ha denominado por alguna doctrina progresista: “Garantismo penal”,¹¹ el cual se sustenta en el respeto absoluto a todo el sistema internacional de derechos humanos y la Constitución nacional aplicados dentro del marco del debido proceso. En oposición al garantismo penal teórico, existe la postura denominada “Derecho penal del enemigo”,¹² que consiste en no reconocerle derechos a cierto tipo de acusados, lo cual tiene el objetivo de prevenir el delito, pero cuando hayan sido cometidos, a evitar su impunidad.

Los países que enfrentan esta encrucijada, –en lo formal– suelen reconocer que se encuentran entre la espada y la pared frente a ambas posturas. Los espacios intermedios de ambas posturas, las áreas “grises” son el espacio idóneo para pervertir el sistema de un lado o del otro.

10 Amnistía Internacional ha desarrollado un “manual de juicios justos”, disponible en World Wide Web: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/POL30/002/1998/fr/af932e5c-d9b1-11dd-af2b-b1f6023af0c5/pol300021998es.pdf>

11 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, 8ª Edición, Madrid.

12 Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Editorial Thomson-Civitas, Primera Edición, Madrid, 2003.

Un abuso respecto a los derechos fundamentales de *facto* siempre ha existido; incluso se fundamenta de *iusuris* ante circunstancias que parecieran provocadas, bajo argumento de “Seguridad Nacional”, “Situaciones de Emergencia” o “de Crisis”; lo cual ha sido utilizado una y otra vez, en distintos países, Guatemala no ha estado fuera de esto, han existido como “Estados de Excepción”, “Estados de sitio”, etcétera.

En los Estados Unidos de Norteamérica, después de lo sucedido el 11 de septiembre del 2001, se llega a extremos, a través de la emisión de la ley denominada Unión y Fortalecimiento de América por la Implementación de Herramientas Adecuadas Requeridas para Interceptar y Obstruir el Terrorismo (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism. USA Patriot Act*). Se hace una modificación a la legislación administrativa y de esta forma se establecen procedimientos penales especiales encubiertos, en los que no se reconocen derechos a personas “sospechosas de actos de terrorismo”,¹³ llegando a excesos en la duración de la detención, autorizando la tortura como mecanismo para obtener información y toda una serie de arbitrariedades que se ejemplifican con los detenidos en la bahía de Guantánamo, Cuba.¹⁴

II. Órganos internacionales contra la impunidad

Luego de la Segunda Guerra Mundial y del establecimiento de la ONU, surgen los Tribunales Militares de Nuremberg¹⁵ y luego el de Tokio,¹⁶ cuyas críticas recibidas se fundan esencialmente en que se integraron con los vencedores de la guerra, para juzgar a los vencidos. Recientemente vemos de nuevo algo parecido mediante la creación del Alto Tribunal Penal Iraquí.¹⁷

- 13 Vervaele, John A. E., *La legislación antiterrorista en Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- 14 Disponible en World Wide Web: <http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/detenidos-guantanamo-juicios-justos-2010-11-18>
- 15 Acuerdo de Londres para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional y Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg del 8 de agosto de 1945.
- 16 Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el lejano oriente del 19 de enero de 1946. (Tribunal Militar Internacional de Tokio)
- 17 Creado por el gobierno Iraquí, Ley No. (10) del 18 de Octubre del 2,005. Basado en la ley No. (30) de Administración del Estado de Irak durante el periodo de transición.

Se han creado otros como los Tribunales Penales Internacionales denominados *ad hoc* de la antigua Yugoslavia¹⁸ y Ruanda¹⁹ que aún están funcionando; éstos son señalados por la vulneración del principio de legalidad penal “*nullum crimen nullum poena sine lege*”; luego encontramos los siguientes modelos denominados “internacionalizados” que combinan la aplicación del sistema judicial del país del lugar del conflicto, creando salas especiales, conformadas mayoritariamente con los jueces internacionales, como las Salas Especiales de Timor–Leste,²⁰ Tribunal Especial de Sierra Leona²¹ y la Sala Especial de los Tribunales de Camboya.²² Todos ellos, con vigencia temporal limitada, creados al igual que los antecesores *ex post facto*. En el caso del Tribunal Especial de Sierra Leona, no solo el órgano jurisdiccional es internacionalizado, sino el fiscal, quien es nombrado por el Secretario General de las naciones unidas por un periodo de 3 años y puede ser reelecto.²³

Todos estos antecedentes, sirven para sustentar al ya constituido y en funciones: Tribunal Penal Internacional con carácter permanente,²⁴ que tiene competencia sobre aquellos casos que hayan sucedido después del 1 de julio del 2002 y tiene también facultades, de acuerdo a su estatuto para juzgar crímenes de genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.²⁵

- 18 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, creado por resolución 827 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el 25 de mayo de 1993.
- 19 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, creado por resolución 955 del Consejo de Seguridad de Naciones el 8 de noviembre de 1994. Disponible en World Wide Web: www.ictj.org
- 20 Creado mediante Reglamento No. 2000/15 de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental, para el establecimiento de las salas con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves el 6 de junio del 2000.
- 21 Creado mediante Acuerdo de la Organización de las Naciones Unidas y el gobierno Sierra Leona el 16 de enero del 2002. Disponible en World Wide Web: www.sc-sl.org
- 22 Creada mediante Acuerdo de la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al derecho de Camboya de los crímenes cometidos durante le periodo de la Kampuchea Democrática del 6 de junio del 2003.
- 23 Artículo 15 numeral 3. del Acuerdo.
- 24 Convenio Internacional. Estatuto de Roma adoptado el 17 de junio de 1998.
- 25 El delito de “agresión” fue definido a partir de la conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, en Kampala, Uganda el 11 de junio del 2010, estará vigente hasta el 1 de enero del 2017 cuando los Estados activen la jurisdicción.

Tal como vemos, los órganos internacionales contra la impunidad, son creados porque en el mundo existen diversos crímenes graves y sobre todo una alarmante impunidad.

En este contexto, el denominado: “Principio de Responsabilidad por Proteger”²⁶ que corresponde a los Estados y que su fiel cumplimiento es preocupación de la comunidad internacional, ahora se ejerce por la Corte Penal Internacional a través de las funciones de investigación preliminar que realiza la Fiscalía, en donde se presume la existencia de una cuestión de su competencia.

Definitivamente éste es un instrumento preventivo, empero, su utilidad es para asuntos de nivel macro-mundial, cuando se trata de bienes jurídicos importantes para la comunidad internacional, conforme a los delitos previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y a partir de su vigencia; en el caso de Guatemala, a partir del año 2012.

Sin embargo, existen otros niveles como los domésticos nacionales, en donde se requiere de mecanismos operativos y audaces para evitar graves crímenes y la impunidad de los que hayan ocurrido; sobre todo en aquellos países en donde la democracia es incipiente, sus instituciones muy débiles y solamente se aspira a crear Estados de Derecho, en donde la construcción de estos mecanismos conlleva muchos obstáculos. Y es que, frecuentemente ocurre, hay muchos intereses e interesados en que nunca se lleguen a establecer y a consolidarse.

Los esfuerzos de la comunidad internacional y de sus órganos han sido muy importantes, para la protección de los derechos humanos, de lo contrario muchas cosas que se han hecho, seguramente no habrían tenido lugar. Grupos de expertos internacionales trabajan elaborando nuevos instrumentos jurídicos que puedan servir para enfrentar en común los problemas, verbigracia, combatir el terrorismo,²⁷ la trata de personas,²⁸ etcétera.

- 26 El concepto de responsabilidad para proteger, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la cumbre mundial de 2005, reafirmado por el Consejo de Seguridad en 2006, y desarrollado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 2009. Citado por Héctor Olásolo durante la lección Inaugural de la Cátedra de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht, dictada en el Aula Magna de dicha Universidad el 18 de octubre de 2010.
- 27 Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Aprobado mediante resolución 54/109 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas del 25 de febrero del 2000. (existen muchos más relativos al mismo tema)
- 28 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de Naciones Unidas contra la Delincuen-

Otras formas de combatir la impunidad, mediante otro tipo de órganos internacionales lo constituyen las comisiones de verdad o esclarecimiento de hechos, el cual sirve para determinar la existencia de hechos, precisar actores y deducir responsabilidad penal personal; éstas han sido creadas con participación de la ONU en distintos países,²⁹ algunas otras por los mismos gobiernos³⁰ bajo presión de organismos de derechos humanos; estos esfuerzos no siempre han sido suficientes y concluyen su objetivo. Luego de establecer, a veces limitadamente los hechos y actores, los sistemas nacionales no funcionan para que efectivamente se deduzcan responsabilidades personales y evitar que esos hechos queden bajo un manto de impunidad. Un claro ejemplo es el Informe emitido por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico denominado “Memoria del Silencio” y el Informe alternativo presentado por la Iglesia Católica, denominado Recuperación de la Memoria Histórica. (REMHI)

III. El escenario: Guatemala, breves antecedentes

Desde el punto de vista de los sistemas democráticos y de la conformación de un Estado de Derecho, Guatemala es una nación relativamente joven al igual que la mayoría de los países de América; los de más experiencia recién celebraron su bicentenario de independencia. En el caso de Guatemala la independencia de España formalmente se precisa el 21 de septiembre de 1821, no obstante este dato, el sistema colonial implantado desde finales del siglo XV que servía para la explotación de recursos naturales y de los mismos habitantes, se mantiene por muchísimos años, incluso se siguieron aplicando por muchos años, las denominadas “Leyes de Indias”.

El primer intento de creación de leyes e instituciones propias ocurre cuando liberales asumen el poder en 1829, durante el gobierno de Mariano Gálvez, el que se interesó por fortalecer la organización del poder judicial y especialmente por la justicia penal,³¹ por lo que tomando el proyecto redactado originalmente para el Estado de Luisiana en los Estados Unidos de Norteamérica, por Edward Livingston, se pone en vigencia lo que se denominó Sistema

cia Organizada Transnacional. Aprobado en la 55ª. Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de Diciembre de 2000.

29 San Salvador, Guatemala, Burundi, recientemente creada en Honduras.

30 Chile, Argentina, Perú, Brasil, Paraguay.

31 Griffith, William J., *El Gobierno de Marino Gálvez. Historia General de Guatemala, Tomo IV*, Asociación Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, Guatemala, 1995, p. 81.

de Legislación Penal, aprobado por la Asamblea Legislativa el 30 de abril de 1834. Este cuerpo normativo contenía, un Código Penal, un Código de Procedimientos Penales, un Código de Pruebas Judiciales, un Código de Reforma y Disciplina de las Prisiones y un libro de definiciones.³² Se implantaba un sistema acusatorio, con juicios orales, públicos, etcétera; era la importación de una parte del sistema anglosajón. Estas normas fueron aprobadas y puestas en vigencia, pero en menos de un año fueron derogadas cuando conservadores llegan al poder violentamente.³³

El segundo intento que originó las primeras normas jurídicas e instituciones propias fue a partir de 1871 durante la revolución liberal, en esta oportunidad se avanzó un poco más, se emite el Código Civil, Código de Procedimientos, Código de Comercio, Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Fiscal, Código Militar;³⁴ Casi simultáneamente durante este tiempo se instalan en el país, extranjeros con intereses de explotación comercial e industrial, algunos a título particular y otros representando compañías transnacionales.

En toda América Latina existían estos dos grupos claramente diferenciados, “liberales” y “conservadores”, a veces conocidos con otros nombres, los primeros buscan hacer cambios en las estructuras estatales, como establecer algunos derechos para la población en general, mientras los otros, en su mayoría devotos católicos, prefieren dejar las cosas como están y no hacer cambios o transformaciones que no fueran en extremo necesarias; mantener el *status quo*, les resultaba más beneficioso y cómodo.³⁵ No obstante, ocurría reiteradamente que quienes enarbolaban la bandera liberal, cuando asumían puestos o estaban en otra situación, pasaban a ser conservadores y viceversa, todo dependiendo de sus propios intereses.

Para efectos de mantener el sistema de explotación de recursos, “liberales” y “conservadores”, eran lo mismo; los liberales en su mayoría eran “ladinos”³⁶

32 Calderón Paz, Carlos Abraham, *El encarcelamiento preventivo en Guatemala*, Editorial Oscar de León Palacios, Guatemala, 2006, pp. 77 y ss.

33 Batres Jauregui, Antonio, citado por David Vela, “Vida, Pasión y Muerte de los Códigos de Livingston”, en *Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Justicia Penal y Sociedad*, Año 1, No. 0, 1991, p. 44.

34 Luján Muñoz, Jorge, *Del derecho Colonial al derecho nacional: El caso de Guatemala*, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano, Puerto Rico, 21–25 de mayo de 2000, pp. 104-105.

35 Luján Muñoz, Jorge. Op. Cit., pp. 85 y 86.

36 “Ser ladino tiene que ver con el mestizaje biológico y cultural, lo que da lugar a definir-

mientras los conservadores, en su mayoría eran extranjeros, dirigentes de la iglesia católica y “criollos.”³⁷ En todo caso, grupos humanos mayoritarios indígenas originarios del país, siempre fueron marginados, sin derechos fundamentales y ni siquiera se les consideraba ciudadanos, sino esto ocurre hasta épocas recientes.³⁸

Para mantenerse en el poder y dirigir las instituciones estatales siempre se ha requerido la fuerza y un aparato coactivo que sirva de defensa y de choque, de ahí la importancia de contar con un ejército, además de sumar otros aparatos estatales y paraestatales. El ejército de Guatemala se consolida y organiza mejor luego de la Reforma Liberal comandada por Justo Rufino Barrios. El Código Militar emitido en esa época sigue siendo vigente al día de hoy.³⁹

De manera que el poder dentro de las instituciones del Estado de Guatemala se disputa y se alterna. Los liberales logran el poder por unos años a partir de 1829; a partir del 28 de agosto de 1831 gobierna Mariano Gálvez, pero es obligado a renunciar en febrero de 1838, luego el poder lo toman los conservadores y lo mantienen hasta 1871, cuando de nuevo llegan los liberales; unos años más tarde al morir el caudillo Justo Rufino Barrios en la batalla de Chalchuapa el Salvador, los conservadores vuelven al poder, hasta que luego ocurre la que ha sido considerada como la revolución más importante y significativa del país, el 20 de octubre de 1944, cuando llega al poder Juan José Arévalo Bermejo; como siempre, cada vez que se cambian de actores e intereses en el poder, se emite una nueva Constitución; en este caso, la de 1945, que buscaba hacer cambios de fondo y de beneficio para toda la población, especialmente para los sectores indígenas y marginados; discerniéndose que

lo –en su mayoría– como el individuo producto de la mezcla entre indígena y descendiente de europeo, quién adopta y utiliza un estilo de vida occidentalizado, aunque tiene un alto porcentaje de la cultura maya en su forma de ser personal y colectiva.” Adolfo Leonidas Camas Mazariegos, disponible en World Wide Web: www.bactun.nableb.org.gt

- 37 Hijos de extranjeros europeos, nacidos en Guatemala.
- 38 Los indígenas siempre han sido una población mayoritaria, en la actualidad constituyen el 55% de la población del país, pero en esa época no tenían acceso a la educación, ni a cargos públicos porque no sabían leer y escribir español, por esta razón no eran considerados ciudadanos, han estado segregados, es hasta en la Constitución de 1945 cuando se les considera ciudadanos con derechos políticos a los varones, mientras que a las mujeres en la Constitución de 1965.
- 39 Decreto No. 214. General de División y Presidente de la República de Guatemala, General Justo Rufino Barrios. Vigente desde el 1 de agosto de 1878, contiene delitos y faltas cometidos por militares, en muchos delitos regula la pena de muerte, se ejecuta “pasando por las armas”, regula un procedimiento penal especial.

muchos de los problemas del país era, entre otros, la tenencia de la tierra en muy pocas manos.

En la Carta Magna de 1945 se estableció la prohibición de los latifundios, la desaparición de los existentes en beneficio social y en tanto se logra se ordena gravarlos con el pago de impuestos.⁴⁰ Toda esa política social, iba en desmedro de las posiciones alcanzadas por otros sectores minoritarios de la población que tradicionalmente habían manejado poder, influencias y la estructura del Estado para sus intereses particulares.

Durante el segundo gobierno de esta revolución a cargo del Coronel Jacobo Árbenz Guzmán, que sucedió a Arévalo en elecciones generales, se le obliga a renunciar. Esta conspiración contra el segundo gobierno de la revolución de 1944 fue dirigida y apoyada por la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos de Norteamérica,⁴¹ especialmente por las medidas tomadas en el campo agrario, las cuales afectaban directamente a la *United Fruit Company* (UFCO).⁴²

A partir de este hecho de contra revolución, el poder es asumido casi solamente por militares, durante un espacio de más de 30 años, [1954 –1985]; Coronel Carlos Castillo Armas, (1 de septiembre de 1954 – 26 julio 1957) el General Miguel Ydígoras Fuentes, (2 de marzo de 1958 – 31 de marzo de 1963); Coronel Alfredo Enrique Peralta Azurdia (31 de marzo de 1963 – 1 de julio 1966); Abogado Julio César Méndez Montenegro, (1 de julio de 1966 – 1 de julio 1970) el General Carlos Manuel Arana Osorio, (1 de julio 1970 – 1 de julio de 1974) General Kjell Eugenio Laugerud García, (1 de julio de 1974 – julio de 1978); General Fernando Romeo Lucas García, (1 de julio 1978 – 23 de marzo de 1982); General José Efraín Ríos Montt, (23 de marzo de 1982 – 8 de agosto 1983); General Oscar Humberto Mejía Víctores, (8 de agosto 1983 – 14 de enero 1986); la sucesión de la mayor parte de éstos gobiernos es por la vía de golpes de Estado.

Por esta razón, Guatemala llega a ser, el país latinoamericano que más gobiernos militares y dictaduras ha tenido durante su vida republicana.⁴³ Lue-

40 Artículo 91 Constitución Política de 1945.

41 Disponible en World Wide Web: <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB4/index.html>

42 Disponible en World Wide Web: http://www.mayaparadise.com/united_fruit_company.htm

43 Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Memoria del Silencio. Párrafo 38. Disponible en World Wide Web: <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap1/chist.html>

go a partir de la Constitución de 1985, denominado *periodo democrático*, asumen el poder civiles, generalmente vía elecciones populares mediante sufragio universal: el abogado Marco Vinicio Cerezo Arévalo, (15 de enero de 1986 – 14 de enero 1991) y luego el Ingeniero Jorge Antonio Serrano Elías, (15 de enero 1991 – 25 de mayo de 1993); este gobierno, mediante decreto del ejecutivo decide, disolver el Congreso de la República, Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad junto a 46 artículos Constitucionales, asumiendo plenos poderes, aduciendo corrupción y chantaje de la clase política hacía el presidente del ejecutivo,⁴⁴ situación que alteró a toda la estructura del Estado; pero utilizándose mecanismos legales, la Corte de Constitucionalidad creada por la Constitución de 1985 actúa de oficio, declarando inconstitucional del mencionado decreto que establecía normas temporales de gobierno y restituyendo la institucionalidad.

Esta situación se corrige legalmente, quién continúa en el cargo por nombramiento del Congreso de la República es el abogado, Ramiro De León Carpio, quién, entonces, fungía como Procurador de los Derechos Humanos terminando así ese periodo presidencial. Luego es electo Álvaro Arzú Irigoyen, (15 de enero 1996 – 14 de enero 2000); le suceden el abogado Alfonso Portillo Cabrera, (15 de enero 2000 – 14 de enero 2004), Oscar Berger Perdomo, (15 de enero 2004 – 14 de enero 2008), Álvaro Colom Caballeros (15 de enero 2008 – 14 de enero 2012), o sea que, durante estos últimos 25 años, el gobierno ha estado a cargo de civiles, pero en elecciones recientes realizadas a finales del año dos mil diez, resultó ganador nuevamente un militar. Esta vez, el general Otto Fernando Pérez Molina.

A partir de 1960 en Guatemala se dieron condiciones sociales, económicas y políticas que gestaron un movimiento de guerrillas, especialmente motivados porque se ven frustrados los ideales de la revolución del 20 de octubre de 1944;⁴⁵ Por otra parte, en 1961 se organiza el sector económico en lo que se denomina Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF),⁴⁶ la cual se legaliza mediante acuerdo gubernativo del 24 de abril de 1961. Coincide en que aproximadamente en es-

44 *Compendio de Historia de Guatemala 1944-2000*, Asies, Guatemala, 2004, pp. 79 y ss. El expresidente Jorge Antonio Serrano Elías, publicó el libro *La guayaba tiene dueño*. En el mismo se refiere al porque de las acciones realizadas. Disponible en World Wide Web: <http://www.laguayabatienedueno.com/anexos.htm>

45 Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Memoria del Silencio. Disponible en World Wide Web: <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap1/chist.html>. Antecedentes Inmediatos.

46 Disponible en World Wide Web: <http://www.cacif.org.gt/index.php?ID=7305>

tas fechas se origina el movimiento social conocido como Conflicto Armado Interno en el país que duraría más de 36 años y que dañaría las estructuras sociales, económicas, culturales y étnicas de la nación.

IV. El proceso de paz

Luego de sucesivos golpes de Estado y con el conflicto interno vigente, se convoca a elecciones presidenciales y a una Asamblea Nacional Constituyente que se encarga de redactar una nueva Constitución Política, ésta entra en vigencia el 14 de enero de 1986. El Presidente Constitucional, abogado Marco Vinicio Cerezo Arévalo; en reunión de presidentes de Centroamérica en la ciudad de Esquipulas Guatemala, promueve la discusión sobre el conflicto armado interno existente, refiere que estaba afectando el istmo y como resultado se promueve un plan de paz a propuesta del presidente de Costa Rica Oscar Arias,⁴⁷ que se divulgó como plan de paz, firme y duradera.

Tal proceso de paz continúa, mediante suscripción de acuerdos. Se discute y suscribe el acuerdo Esquipulas II en Guatemala el 7 de agosto de 1987,⁴⁸ de suma importancia, porque en él se establecen puntos básicos relativos a la reconciliación nacional, lograr el cese al fuego, impulsar un proceso democrático, pluralista y participativo, promover elecciones libres con supervisión internacional, cese de ayuda a fuerzas irregulares y se acuerda así mismo, no permitir el uso del territorio centroamericano para agresión de otros Estados.

En cumbre de presidentes de Centroamérica del 15 y 16 de enero de 1988 en San José de Costa Rica, se reafirman las disposiciones sostenidas en el acuerdo Esquipulas II, aún cuando algunas cosas no avanzaban, una de las situaciones convulsas dadas en el proceso de paz, era que el mismo afectaba intereses de los Estados Unidos de Norteamérica (en esa época dirigidos por Ronald Reagan), quienes financiaban grupos y mantenían tropas de guerrilla contrarrevolucionarios en Nicaragua.⁴⁹ Este movimiento de “contras”

47 Acuerdo Esquipulas. En el participan los 5 presidentes de Centroamérica, se realiza el 5 de febrero de 1987. Esta propuesta del plan de paz y seguimiento sirve a Oscar Arias Sánchez Presidente de Costa Rica para obtener el Premio Nobel de la Paz en ese año.

48 Acuerdo Esquipulas II. Guatemala 7 de agosto de 1987. Disponible en World Wide Web: <http://www.congreso.gob.gt/Docs/PAZ/Acuerdo%20de%20Esquipulas%20II.pdf>

49 Disponible en World Wide Web: <http://www.envio.org.ni/articulo/547>. El Frente Sandinista para la Liberación Nacional (FSLN) había obtenido el poder luego de una larga dictadura liderada por Anastasio Somoza quién era dirigido militarmente por Estados Unidos. En esta época Estados Unidos apoyaba a los denominados “contras” que luchaban por retomar el poder perdido. Disponible en World Wide Web: <http://www.nodo50.org/espanica/historica.html#revoluci%C3%B3n>

produjo la muerte de 38,000 personas, destrucción de puertos, hospitales, escuelas, etcétera; La intervención dio lugar a presentar una demanda por el gobierno de Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya, por violaciones al Derecho Internacional. El caso concluye con la sentencia del 27 de junio de 1986,⁵⁰ que condenó a los Estados Unidos de Norteamérica al pago de una indemnización para Nicaragua; a la fecha sigue siendo reclamada.⁵¹ No obstante el intervencionismo del poderoso país del norte, el proceso de paz que inicia y se desarrolla de manera muy frágil, pudo continuar.

V. Acuerdos de Paz

Todas las aspiraciones propugnadas por la revolución de octubre de 1944, se retoman y vuelven a la discusión en los llamados Acuerdos de Paz, que suscribe el gobierno de Guatemala con la guerrilla representada por Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca. –URNG– Que aglutinaba a los diferentes grupos como: las Fuerzas Armadas Revolucionarias, –FAR– Partido Guatemalteco del Trabajo, –PGT– Organización de Pueblos en Armas –ORPA–.

Uno de los primeros acuerdos suscritos, es el Acuerdo Global de Derechos Humanos, el cual es firmado en México el 29 de marzo de 1994, para efectos de interés en el presente trabajo se cita lo conducente:

“ ...

Compromiso IV, numeral 1, que estipula que para mantener un irrestricto respeto a los Derechos Humanos, no deben existir cuerpos ilegales, ni aparatos clandestinos de seguridad. El Gobierno de la República reconoce que es su obligación combatir cualquier manifestación de los mismos, ...

Compromiso VII, numeral 2, en el que el Gobierno de Guatemala asumió la obligación de tomar medidas especiales de protección en beneficio de aquellas personas o entidades que trabajan en el campo de los Derechos Humanos y de investigar oportuna y exhaustivamente las denuncias que se le presenten relativas a actos y amenazas que los pudieren afectar así como el compromiso de garanti-

50 Disponible en World Wide Web: <http://www.ilsa.org/jessup/jessup08/basicmats/icjnicaragua.pdf>

51 Disponible en World Wide Web: <http://www.lapagina.com.sv/internacionales/48398/2011/03/11/Nicaragua-podria-reabrir-la-demanda-contra-EEUU-por-la-guerra-sucia-en-los-ochenta>

zar y proteger en forma eficaz la labor de los individuos y entidades defensoras de los Derechos Humanos.

numeral 3, el compromiso de garantizar y proteger en forma eficaz la labor de los individuos y entidades defensores de los derechos humanos ...”

Haciendo un recorrido sucinto sobre cada uno de los acuerdos de paz de manera cronológica, luego del Acuerdo Global de Derechos Humanos, tenemos: a) Acuerdo para reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado,⁵² b) Acuerdo para el Establecimiento de la Comisión del Esclarecimiento Histórico,⁵³ c) Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas,⁵⁴ d) Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y situación agraria,⁵⁵ e) Acuerdo de Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática,⁵⁶ f) Acuerdo Definitivo de Cese al Fuego,⁵⁷ g) Acuerdo sobre Reformas Constitucionales y Régimen Electoral,⁵⁸ h) Acuerdo sobre Bases para la incorporación de la URNG a la legalidad,⁵⁹ i) Acuerdo de Paz Firme y Duradera,⁶⁰ j) Acuerdo Cronograma de implementación y verificación de los acuerdos de paz.⁶¹

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico logró registrar documentalmente 42,275 víctimas del Conflicto Armado Interno, incluyendo hombres, mujeres y niños, 23,671 corresponden a víctimas de ejecuciones arbitrarias y 6,159 desapariciones forzadas, de éstas, el 83% eran indígenas y el 17% eran ladinos. Sin embargo, combinando datos de otros estudios sobre la violencia, estima que las pérdidas humanas ascienden a 200,000.⁶² Sin contar daños materiales, desplazados internos y externos.

52 Suscrito en México el 29 de marzo de 1994.

53 Suscrito en Oslo, Noruega, el 23 de junio de 1994.

54 Suscrito en México el 31 de marzo de 1995.

55 Suscrito en México el 6 de mayo de 1996.

56 Suscrito en México el 19 de septiembre de 1996.

57 Suscrito Oslo Noruega el 4 de diciembre 1996.

58 Suscrito en Estocolmo Suecia el 7 de diciembre de 1996.

59 Suscrito en Madrid España el 12 de diciembre 1996.

60 Suscrito en Guatemala el 29 de diciembre de 1996.

61 Ídem.

62 Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Disponible en World Wide Web: <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/report/spanish/toc.html>

Mucho de lo pactado en los acuerdos de paz al momento se ha cumplido, pero en algunos casos aún no, especialmente en su mayoría no se han implementado el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y el Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y situación agraria. En otros casos, como en el tema de las reformas constitucionales no se avanzó porque el proceso fue manipulado políticamente, ya que aun cuando esas reformas vendrían en beneficio de la población estas no fueron aprobadas en el *Referéndum* realizado, en cuanto a la desmovilización de efectivos del ejército hay un evidente retroceso.⁶³

VI. La antecesora de CICIG, la “CICISACS”

De la lectura los informes de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, (CEH) del Informe denominado Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI) y de los informes presentados por la Misión de Naciones Unidas para la Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala, (MINUGUA) se determina la existencia de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad en Guatemala. (CISACS)

Al hacer un estudio de muchos casos concretos, se precisa que existen CISACS, que actúan bajo los mismos patrones, de manera coordinada, etcétera. Sus actividades se desarrollan durante el conflicto armado y aún habiéndose firmado la paz, continúan funcionando. Surge así la idea de crear una Comisión Internacional que pueda investigarlos, determinar quiénes son, que intereses tienen, que objetivos persiguen; su establecimiento tropieza con una serie de obstáculos, pero finalmente el legal fue el mayor de ellos, que le impidió nacer.

El proceso inicia, como una idea de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, “En las primeras etapas de diseño de la comisión, las ONGS guatemaltecas tomaron como ejemplo la “Comisión Conjunta para la Investigación de Grupos Armados Ilegales con Motivación Política” en El Salvador. Los asesinatos y atentados a líderes políticos en la pos-guerra llevaron, en 1993, a que El Salvador implementara la recomendación dada por una Comisión de Verdad de que se investigara a grupos armados ilegales. Esto dio como resultado en una investigación de ocho meses, encabezada por el gobierno salvadoreño y la ONU y conducida con la asistencia de policías y expertos en investigaciones españoles.”⁶⁴

63 Disponible en World Wide Web: <http://www.odhag.org.gt/pdf/Informe%2010%20años%20AIDPI.pdf>

64 Granowsky, Simón y otro, *LA CICISACS. Defensores de Derechos Humanos y el Estado de Derecho en la Pos-guerra*, GAM, Guatemala, p. 26.

Se invita al Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, para su conformación mediante carta enviada el 16 de enero del 2003; menos de dos meses después, el 13 de marzo, se firmó el Acuerdo para la creación de la CICISACS, entre el Procurador de los Derechos Humanos, representado por el Doctor Sergio Morales y el gobierno de Guatemala, dirigido por el entonces presidente Alfonso Portillo Cabrera, que fue representado por el canciller Edgar Gutiérrez. El acuerdo de creación se firmó el 25 de junio del mismo año y el 5 de noviembre hizo un *adendum*.⁶⁵

Luego de cabildeos y una amplia discusión entre los intervinientes y de negociaciones diplomáticas que tienen lugar entre el sub secretario general de la ONU, Kieren Prendergast y Edgar Gutiérrez en representación del gobierno guatemalteco, es aprobado el acuerdo para el establecimiento de la Comisión para la Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad, (CICISACS) el 7 de enero del 2004 en Nueva York, su vigencia era de 2 años a partir de la aprobación y ratificación prorrogable por acuerdo escrito entre las partes.⁶⁶

Esta aprobación se da justo antes del cambio de gobierno, ya que la administración del país a partir del 14 de enero del 2004 para el 13 de enero del 2008, pasa a manos de Oscar Berger Perdomo como presidente constitucional de la república; lo lleva al poder el partido político denominado Gran Alianza Nacional. –GANA–. Sin embargo, para que naciera a la vida jurídica el acuerdo en mención, era necesaria la aprobación del Congreso de la República de Guatemala, pero, previo a ser aprobado la Comisión de gobernación y Comisión de derechos Humanos esperaba opinión de la Corte de Constitucionalidad para que ésta se pronunciara respecto a si el mismo no presentaba conflicto con la norma constitucional.

El Centro para la Defensa de la Constitución, (CEDECON) formuló observaciones respecto a la Constitucionalidad del acuerdo CICISACS, habiendo concluido, que: “Como se ha concebido, constituiría un organismo supranacional con facultades prohibidas constitucionalmente, que se ubica por encima de cualquier poder legítimo del Estado y que atenta, consecuentemente, contra la soberanía de cualquier Estado libre, republicano y representativo.”⁶⁷

65 Para conocer detalles del proceso, actores y acciones puede verse el *Informe CICISACS, Sistematización de un proceso*, SEDEM. Guatemala, 2004. Disponible en World Wide Web: <http://www.sedem.org.gt/publicaciones/electronicas/cicicacs.pdf>

66 Artículo 14 relativo al establecimiento de la CICISACS.

67 Disponible en World Wide Web: <http://www.cedecon.org/comunicado002.htm>

Cuando esto ocurría, la asociación no gubernamental Seguridad en Democracia, (SEDEM) de la coalición por la CICISACS, hizo un análisis de la actividad y cobertura de medios de comunicación escritos, tomando una muestra de 46 entradas de esta información, entre columnas de opinión, campos pagados y caricaturas, encontrando que todas presentaban opiniones desfavorables hacía la implementación de la CICISACS.⁶⁸

El Presidente de la República envió el acuerdo CICISACS, para consulta, a la Corte de Constitucionalidad; se le formularon 20 preguntas confrontando el acuerdo con la Constitución Política; al evacuar la consulta, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, resolvió que el acuerdo presentaba vicios de inconstitucionalidad.⁶⁹ En resumen manifestó que: el acuerdo CICISACS, no se considera un instrumento internacional en materia de derechos humanos. Las facultades para ejercer investigación y persecución penal de manera autónoma son incompatibles con el artículo 251 constitucional. Los mecanismos de obtención de información deberán ajustarse a las normas constitucionales. El magistrado Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano redactó un voto disidente y formuló algunas recomendaciones para analizar antes de su implementación.

En todo caso, aún con esta opinión en contra, las expectativas fueron positivas, porque el proceso había servido para presentar a la sociedad guatemalteca la problemática y generar conciencia sobre la existencia del fenómeno.⁷⁰ Se habilitaron expectativas para intentarlo de nuevo, buscando superar las inconstitucionalidades señaladas y en general buscando mejorar la propuesta inicial.

Revisando el acuerdo CICISACS la función o competencia se le atribuía en base a la determinación de sujetos pasivos de delito por parte de los CISACS, se establecía que las víctimas de los grupos o cuerpos clandestinos vinculados a las fuerzas de seguridad, –particularmente inteligencia militar– eran: defensores de derechos humanos, operadores de justicia y periodistas.⁷¹ Y los sujetos activos debían ser las personas responsables de ataques perpetrados contra los defensores de los derechos humanos, además se incluía a los pro-

68 *Informe CICISACS, Sistematización de un proceso*, SEDEM, Op. Cit., p. 44.

69 Expediente 1250-2004. Opinión Consultiva del 5 de agosto del 2004. Corte de Constitucionalidad.

70 Granowsky, Simón y otro, Op. Cit., p. 39.

71 *Coalición para la CICISACS*, Guatemala. 2004, Introducción, párrafo 1, p. 5.

fesionales del sector de justicia, los testigos, los periodistas, los sindicalistas y otros activistas del sector social.⁷²

Esta situación hubiera generado algunos problemas a efecto de determinar objetivamente cuando existía *legitimatium ad causam* para su intervención. Sin embargo, a mi juicio esto no fue superado en el nuevo acuerdo CICIG que ahora dejó más dudas sobre su competencia por materia en un proceso penal concreto ya que se determina a partir de la intervención de CISACS, generando un amplio margen de su apreciación y muchas más posibilidades de que se apartara de sus legítimas funciones.

En cuanto a las características de las estructuras, se mantuvo igual; se hacía mención de los nexos de los CISACS con agentes del Estado, delincuencia organizada y cuerpos de seguridad privada. Esto último se omitió en el acuerdo CICIG, pero en todo caso quedó comprendido en la definición amplia que ahora se hace.

La facultad para realizar procesos de manera autónoma cuando la falta de iniciación o continuación del proceso obstaculizara la capacidad de la CICISACS o causara daño irreparable, a la vigencia y goce de los bienes jurídicos cuya protección es su competencia,⁷³ definitivamente entraba en conflicto con la norma Constitucional, específicamente con el artículo 251, que atribuye funciones exclusivas de persecución penal al Fiscal General de la República. No obstante, la intención del acuerdo, era establecer una garantía para que la CICISACS no quedara limitada en sus actos correspondientes cuando el Ministerio Público por medio de sus agentes omitieran denunciar o obstaculizaran acciones de los CISACS procurándole impunidad, además, para que no se constituya en órgano para la defensa o protección de intereses privados.

La facultad para promover procedimientos administrativos, contra funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, crearan obstáculos para el ejercicio de las funciones de la CICISACS, sin perjuicio de entablar proceso penal cuando sea aplicable, se mantuvo en el nuevo proyecto.⁷⁴

Uno de los aspectos trascendentes del acuerdo era que se le daba a la CICISACS, poderes mayores que a cualquier otro querellante adhesivo, nadie podría discutir la capacidad de intervención, puesto que se establecía que sus actividades las realizarían según la modificación a la legislación guatemal-

72 Artículos 2.1.a) del acuerdo de establecimiento de la CICISACS.

73 Artículo 3.3. del acuerdo de establecimiento de la CICISACS.

74 Artículo 3.4. del acuerdo de establecimiento de la CICISACS.

teca contenida en el acuerdo,⁷⁵ expresamente se decía que no le eran aplicables los artículos 118, 121 y 339 del Código Procesal Penal. Esta situación creaba desequilibrio procesal; no podría objetarse su participación por la defensa e incluso no podría resolverlo ni el juez. No obstante se justificaba según los ponentes, por el tiempo corto del mandato, a fin de que le permitiera por lo menos llevar a juicio un caso, lo cual lograría solo si no se le entorpecía en su labor.

Otra situación discutible y que consideró CEDECOM en su pronunciamiento, fue que al personal de la CICISACS con tan solo su nombramiento estaría investido de las facultades legales de los funcionarios públicos según la legislación guatemalteca.⁷⁶ Situación que generaba conflicto con el artículo 154 de la constitución, porque abiertamente se delegaban funciones públicas –las comprendidas dentro de su mandato– y se daba esa categoría al personal. Para efectos prácticos esto no era ningún problema, más que por una cuestión formal.

VII. CICIG, fiscalía internacionalizada como alternativa para la investigación y persecución penal

Ahora corresponde, hacer el análisis respecto al acuerdo de implementación de la CICIG, confrontando su real funcionamiento en el marco de la legislación aplicable; especialmente se intentará descubrir los aspectos que puedan ser positivos y aquellos que puedan ser negativos, de acuerdo a un punto de vista objetivo. El interés académico respecto a esta institución de Derecho Internacional Público, es por tratarse de un experimento de Derecho Penal Internacional de combate a la impunidad, cuya crítica objetiva podría servir para mejorar modelos en el futuro.

En Guatemala, en el 2007 se da vida a una entidad *sui generis* dentro del complejo sistema de órganos creados por la ONU, con el objetivo general de combatir la impunidad; fue denominada “Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala”, –CICIG–⁷⁷ no existe algún antecedente de órgano totalmente operativo como éste, que participa directamente en el campo de

75 Artículo 2 del acuerdo de establecimiento de la CICISACS.

76 Artículo 5.3 del acuerdo de establecimiento de la CICISACS.

77 Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional Contra La Impunidad en Guatemala. (CICIG) Suscrito en Nueva York el 12 de diciembre de 2006, vigente a partir de completar el procedimiento interno y notificar al secretario general de las naciones unidas, esto fue efectivo el 4 de septiembre de 2007.

juego, pero que de paso también le corresponde fortalecer a distintas entidades de justicia penal locales, formulando recomendaciones, que pasan a ser políticas públicas que incluyen propuestas para hacer enmiendas legales e institucionales, con capacidad de promover acciones judiciales y administrativas para deducir responsabilidad penal y/o personal disciplinaria, a manera de hacer expedita y efectiva la investigación y persecución penal de delitos, todo dentro del marco de un debido proceso.

Se trata de un *híbrido* como le denominan Andrew Hudson y Alexandra W. Taylor por integrarse con personal internacional y a la vez con nacionales del país anfitrión.⁷⁸

Institución de derecho internacional público, que entre otras funciones, su principal fin es intervenir como colaborador en la investigación que realiza el Ministerio Público y actuar como coadyuvante en la persecución penal ante órganos jurisdiccionales por actos cometidos por personas dentro de Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos (CISACS).

Sus funciones no parecen claras o pueden verse poco trascendentes, empero, sus alcances verdaderamente son insospechados, ya que tiene la facilidad de ejercitar facultades en delitos transnacionales, puede actuar fuera de las fronteras del país sin necesidad de invocar el principio de extraterritorialidad de la ley, en algunos casos con la posibilidad de actuar de manera autónoma y en otros casos, valiéndose de órganos oficiales estatales.

La Comisión nace de un Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas, –ONU– y el gobierno de la República de Guatemala. No obstante su origen, financiamiento,⁷⁹ nombramiento de funcionarios⁸⁰ y la aplicación de la Convención de Viena sobre relaciones Diplomáticas⁸¹ y Convención sobre Pre-

78 Hudson Andrew y otra, *The Internacional Commission against Impunity in Guatemala. A New Model for International Criminal Justice*, Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, 2010. Disponible en World Wide Web: <http://jicj.oxford-journals.org/content/early/2010/02/18/jicj.mqq003.full>

79 Artículo 7. Acuerdo. Funciona esencialmente por contribuciones voluntarias de la comunidad internacional.

80 La dirige un Comisionado, nombrado directamente por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, quien a su vez debe elegir el todo el personal a su cargo. Artículo 5.1.a. b) del Acuerdo.

81 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Viena el 18 de abril de 1961, por la Asamblea de Estados Parte, entro en vigencia el 24 de abril de 1964.

rrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas⁸² a quienes la encarnen;⁸³ ésta no se considera un órgano de la ONU;⁸⁴ De tal cuenta, que resulta interesante conocer mejor su naturaleza jurídica, como un órgano internacional que directamente ha sido gestado como mecanismo para combatir la impunidad, este modelo tiene un potencial que trasciende toda forma de cooperación internacional y es susceptible de que pueda ser replicado en cualquier otro país del mundo. Por supuesto, habrá que hacerle algunos ajustes para lograr mayor eficiencia.

Revisando el contenido del acuerdo de implementación y el marco jurídico que le resulta aplicable, surgen muchas dudas sobre los alcances y el ámbito de sus funciones, las materias o delitos en que está legitimada a intervenir, si se activan sus funciones al determinar la participación de sujeto activo en particular o por el contrario le inhibe; cuál es el territorio que puede abarcar, ante la posibilidad de ejercer funciones fuera de la fronteras de Guatemala, qué asuntos puede conocer y si en algún momento le es aplicable el principio de irretroactividad de la ley, asuntos relativos al ámbito de tiempo, de los casos en los que existe el poder-deber de investigar y perseguir penalmente y qué tipo de facultades puede ejercitar autónomamente y cuales solamente como un sujeto secundario coadyuvante, en consecuencia subordinado al actor principal. –Ministerio Público–

Por la facultad de promover ante el ejecutivo y legislativo la creación de leyes y de fortalecer instituciones estatales de justicia, en donde debe coordinar y a la vez se tiene el poder-deber para deducir acciones administrativas y penales en contra de posiblemente los mismos funcionarios, se determina *prima facie*, la existencia de conflictos de interés, que pueden redundar en ausencia de objetividad, o mejor dicho, de parcialidad en el ejercicio de su misión.

Las funciones de investigación y de persecución penal son muy importantes y las relativas a fortalecimiento de instituciones de igual manera. Ambas funciones son parte esencial de su mandato y lograrlas es señal de éxito y de su efectivo cumplimiento. Pero lograrlas puede generar muchos roces. En tal sentido debe estudiarse y deslindarse cada de dichas funciones, ya que en algún momento pueden ser políticas y técnicas en otro. (En todo caso, se debe estar consciente de que el mismo poder-deber de investigación y de persecución penal en cualquier lugar del mundo, en los sistemas acusatorios o con

82 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de enero de 1946.

83 Artículo 10 del Acuerdo de implementación CICIG.

84 Último considerando del Acuerdo de implementación.

esa tendencia,⁸⁵ a cargo de quién este como sujeto principal o coadyuvante se inspira en principios procesales, o mejor dicho, principios ideológicos o políticos de legalidad procesal y de oportunidad,⁸⁶ que se traducen, ya en la práctica, en la obligatoriedad o de conveniencia, de investigar y de perseguir penalmente. Esto último ocurre por razones, legítimas de eficacia o no, según el punto de vista que se adopte en particular)

Otro asunto de no menor importancia, es el estudio del tipo de responsabilidad que asume quien dirige la CICIG y del personal subordinado en el ejercicio de sus funciones, ante quién responde y de qué forma; ya que formalmente según su acuerdo de implementación, las personas físicas que la integran gozan de prerrogativas propias de “diplomáticos”, pero no se consideran funcionarios de la ONU.

El estudio del acuerdo de implementación de la CICIG, se torna un tanto más complejo porque nace como un instrumento internacional de derechos humanos;⁸⁷ se trata de un acuerdo de cooperación en el cual se recibe apoyo internacional de la ONU y de los países que la financian, con la aceptación llana del Estado de Guatemala, de la imposibilidad de combatir una especie de criminalidad organizada, que existe dentro del aparato estatal y con vínculos que le procuran impunidad. Esta naturaleza jurídica otorgada, hace que dicho acuerdo, ingrese al ordenamiento jurídico de Guatemala ocupando un lugar de mayor jerarquía frente a las leyes ordinarias y resto del sistema jurídico. En consecuencia, esta normativa temporal de aplicación, al pasar el procedimiento interno de aprobación ingresa al ordenamiento jurídico guatemalteco con efectos derogatorios del ordenamiento jurídico ordinario, como lo ha señalado la Corte de Constitucionalidad⁸⁸ de ahí que mientras este vigente el acuerdo, sus normas prevalecen sobre la ley ordinaria.

- 85 Guatemala es el primer país de América latina que adopta un Código Procesal Penal con Sistema tendiente al acusatorio, a partir de la propuesta del Código Procesal Tipo para Iberoamérica, mediante el Decreto 51-92, el cual inicia su vigencia a partir del día 1 de julio de año 1994.
- 86 Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, 3ª. Edición, 2da. Reimpresión, Tomo II, pp. 175, 180 y ss.
- 87 Considerando antepenúltimo del Acuerdo. “se hace necesaria la implementación de un Acuerdo de carácter internacional en materia de Derechos Humanos”.
- 88 “... en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían éstas últimas.” Expediente No. 171-2002. Opinión Consultiva sobre el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. 25 de marzo del 2002. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

VIII. Que son los “Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos”

Partiremos del contenido del acuerdo de implementación de la CICIG, en donde encontramos que el objeto del acuerdo esencialmente es: *“Apoyar, fortalecer y coadyuvar a las instituciones del Estado de Guatemala encargadas de la investigación y la persecución penal de los delitos presuntamente cometidos por: CUERPOS ILEGALES DE SEGURIDAD Y APARATOS CLANDESTINOS (CISACS) y conductas conexas que operan en el país.”*

Se comprende que las instituciones del Estado a que se refiere, a quienes debe fortalecer, es el Ministerio Público y la Policía Nacional Civil, órganos encargados de la investigación y de la persecución penal para cualquier delito de acción pública en general.

Eventualmente en casos específicos podría tratarse del Procurador de los Derechos Humanos, el representante de una entidad o asociación jurídicamente establecida en el país o el cónyuge o parientes de una víctima, en el caso de que cualquiera de ellos cuente con un mandato especial de averiguación, puesto que en este caso el titular del mandato tiene la investidura jurídica de fiscal del Ministerio Público, sustituyéndole.⁸⁹ Esta última posibilidad es muy poco conocida y casi no ha sido utilizada en el país,⁹⁰ no obstante es un mecanismo novedoso que daría la posibilidad a esta u otra CICIG⁹¹ a asumir funciones de Ministerio Público en asuntos específicos, sobre todo podrían ser asuntos vinculados al conflicto armado interno en casos de desaparición forzada no resueltos a la presente fecha.

El Procedimiento Especial de Averiguación se incluyó al promulgar el Código Procesal Penal con el objetivo claro de sustituir al órgano oficial de persecución penal y de investigación para lograr independencia en el ejercicio de sus funciones; su fundamento es el Informe de la Comisión para el Esclare-

89 Artículos 467 y ss. Código Procesal Penal, establece el procedimiento especial de averiguación, es un procedimiento especial en el cual se sustituye al Ministerio Público a través del otorgamiento de un mandato y en consecuencia a quién se le otorga queda equiparado a agente del Ministerio Público, quién cuenta con todas las facultades y deberes inherentes.

90 Este procedimiento se utilizó en el caso de la desaparición forzada de Fernando García, el Procurador de los Derechos Humanos realizó la investigación en sustitución del fiscal, a la fecha están condenados a 40 años de prisión por Desaparición Forzada Héctor Roderico Ramírez Ríos y Abraham Lancerio Gómez, quienes laboraban en la Brigada de Operaciones Especiales –BROE– de la Policía Nacional, el hecho ocurrió el 18 de febrero de 1984.

91 Artículo 467. numeral 2º. b) Código Procesal Penal.

cimiento Histórico: Memoria del Silencio (CEH) y del Informe de la Recuperación de la Memoria Histórica, (REMHI) ante la ineffectividad del *habeas corpus*, cuando se trataba de desapariciones forzadas cometidas por agente regulares o irregulares de Estado.

Retornando, el acuerdo en mención, nos deja sin definir a los Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos, solo nos da algunas pistas, dice que sus características son, que: *“cometen acciones ilegales para afectar el pleno goce de los derechos civiles y políticos, y están vinculados directa o indirectamente con agentes de Estado, o cuentan con capacidad para generar impunidad para sus acciones ilícitas”*. En el primer considerando del acuerdo nos dice algo más, se refiere a que: *“éstos atentan gravemente contra los derechos humanos”*.

Refiere como objetivos “Crear mecanismos y procedimientos necesarios, que deberán implementarse para la protección de los derechos a la vida y a la integridad de las personas.” En esta parte colegimos que se refiere a la prevención de delitos a futuro para la protección de bienes jurídicos en particular; siendo algo tan difuso no parece fácil explicarse cómo puede cumplirse y en qué consiste. Sin embargo, dentro del marco del objetivo señalado anteriormente, podrían tratarse de mecanismos y procedimientos necesarios para protección de testigos y otros intervinientes en los procedimientos, a efecto evitar nuevas víctimas o consecuencias de los delitos cometidos por los CISACS.

Una buena parte de las funciones de la CICIG se refieren a crear mecanismos y procedimientos para evitar delitos a futuro, de aquellos vinculados a su mandato. Estos mecanismos y procedimientos deben servir en la fase de investigación, de inteligencia o de manejo de información que permita prever la comisión de delitos, pero en algunos casos de tener la certeza de la inminente comisión de un delito, se tendría que intervenir a efecto evitar la afectación al bienes jurídicos en concreto, si por alguna razón no pudiera actuar, debería informarse a la autoridad quién si pudiera hacerlo; pero, tan solo con asomarse al campo de la investigación sería muy fácil tropezarse con delitos de conspiración, en este caso tendría necesariamente que actuarse, con el fin de evitar daños a bienes jurídicos cuya tutela corresponde a su mandato, el campo de acción al respecto a este objetivo es muy complicado, ya que el delito de conspiración se refiere a una cantidad muy grande de delitos, que no solo están en el Código Penal, sino en leyes especiales como la ley de narcoactividad, ley contra el lavado de dinero y otros activos, ley de migración, ley para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo, ley contra la defraudación y el contrabando aduaneros y ley contra la criminalidad orga-

nizada.⁹² Solo esta posibilidad genera mucho trabajo y constituye mucha responsabilidad, sería todo un reto darle adecuado cumplimiento.

Hablar de “Cuerpos Ilegales de Seguridad” y “Aparatos Clandestinos”, parece redundante. En el curso de este trabajo se intentará establecer, si existe alguna diferencia, o al menos en qué consisten ambos, con criterios funcionalista–estructuralista. Porque se trata de una especie de criminalidad organizada.

Al referir el Acuerdo, acciones que afecten derechos civiles, se está refiriendo a una categoría de los derechos humanos, llamados derechos fundamentales, que son aquellos inherentes a la persona humana y que son necesarios para lograr su desarrollo integral, tales como la vida, libertad, seguridad e igualdad, entre otros; y derechos políticos son los relativos a las facultades que como ciudadano le corresponden, como de elegir y ser electo y aquellos que se refieren a la participación en actividades públicas estatales y/o en cargos. Trasladando estos conceptos al derecho penal, se entiende que se trata de delitos que afectan bienes jurídicos esenciales de la persona individual y no del Estado.

Sin embargo, esta afectación a bienes jurídicos particulares ocurre por acción de los CISACS mediante vínculos que directamente se tienen con agentes de Estado, que pueden ser directos o indirectos. De lo anterior se extrae un elemento muy importante para establecer la competencia de la CICIG, los delitos que cometen los CISACS afectan a personas individuales, por lo que los bienes jurídicos que debe proteger son de los estos ciudadanos, así que estos deben ser los sujetos pasivos del delito. La CICIG no ha sido creada para proteger bienes jurídicos considerados estatales ni privados particulares aislados.

A partir de esto, debe comprenderse que la vulneración de los bienes jurídicos del ciudadano ocurre no como obra de la delincuencia común al azar, sino en razón a la posición que esta persona ocupa dentro de cierto contexto, además de que lo que se ataca es lo que esta persona hace, dice o deja de

92 Artículo 3. **Conspiración.** Ley contra la delincuencia organizada. Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala. La responsabilidad por conspiración es sancionada con la misma pena del delito por el cual se conspira, pudiendo ser los delitos contenidos en la ley de Narcoactividad, Ley contra el lavado de dinero y otros activos, Ley de Migración, Ley para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo, Ley contra la defraudación y el Contrabando Aduaneros, Ley contra la delincuencia organizada y los delitos de peculado, malversación, concusión, fraude, colusión, prevaricato, evasión, cooperación en la evasión, evasión culposa, asesinato, plagio, hurto agravado, robo agravado, estafa, trata de personas, terrorismo, intermediación financiera, quiebra fraudulenta, fabricación de moneda falsa, alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada.

hacer y por razón de estos actos, pueden verse afectados o son afectados directa o indirectamente quienes encarnan los CISACS.

Además de esto se colige la exigencia de establecer un vínculo entre la víctima con los CISACS, de lo contrario la actividad de la CICIG será una cacería de brujas y no rendirá ninguno de los frutos esperados, según los objetivos de su mandato.

Intentando diferenciarlos y construir una definición, los primeros, los Cuerpos Ilegales de Seguridad, serían una estructura organizada, con cierta permanencia en el tiempo, que cuentan con la participación directa de empleados o funcionarios públicos estatales que han logrado infiltrar.

En esta categoría entenderíamos que pueden existir dentro del órgano ejecutivo, legislativo o judicial, pero también se incluyen al Ministerio Público, Contraloría General de Cuentas, etcétera y quienes laboran en instituciones autónomas o semiautónomas, puesto que en todo caso pertenecen al Estado de Guatemala, ejecutando acciones criminales directamente, o mediante la aceptación de sobornos en procura de impunidad, actuando activamente promoviendo el tráfico de influencias, obteniendo beneficios propios y/o para otras personas por su participación.

Es un grupo organizado que se dedica a prestar seguridad, pero no sería la seguridad ciudadana o seguridad pública, ya que esta actividad no sería ilegal; cabe preguntarnos, seguridad ¿para quién? La respuesta necesaria, es que debe ser para sus propios miembros o a quienes sirven. Hasta donde llega la seguridad que prestan o cuáles son los alcances, creo que iría en relación a la protección de intereses que no se desean ver afectados. Vincular la palabra “seguridad” de estos entes, era en razón a que se consideraron existían dentro de las fuerzas de seguridad del Estado.

Los vínculos indirectos refieren la participación de otros actores que no son parte del Estado, participan directamente dentro de los CISACS, pero también incluiría a los que actúan como intermediarios, entre los CISACS y agentes de Estado, éstos son personas particulares, individuales como cualquier tipo de profesional liberal, comerciantes, abogados, procuradores, y/o personas morales o colectivas. Estas últimas personas, intervienen de manera consciente dentro de la estructura, aunque existirán casos en que actúan lícitamente o de manera ingenua.

Los Cuerpos Ilegales de Seguridad, al realizar sus acciones actúan coordinados, con la seguridad de que no van a ser investigados y tampoco perseguidos penalmente, porque cuentan con mecanismos y una estructura que les dan capacidad de generar impunidad; la forma de lograrlo es muy variada, desde el soborno, tráfico de influencias y acudir a la violencia, intimidación

o amenazas, allanamientos ilegales para desaparecer pruebas, asesinar a testigos, etcétera.

Estos “Cuerpos Ilegales de Seguridad”, podrían ser entonces, aquellas organizaciones delictivas con vínculos directos o indirectos con el Estado, con permanencia en el tiempo, estructurada para lograr fines específicos, mientras que los “Aparatos Clandestinos de Seguridad”, funcionan como instrumentos de aquellos, cometen delitos de manera autónoma o coordinada e informada o no con sus mandantes, sirven para procurar impunidad mediante acciones de hecho y participan en la organización fugazmente no de manera permanente. Son ilegales puesto que sus acciones están fuera del marco de la ley y clandestinas porque actúan de manera subrepticia, pueden ser parte del Estado o entes externos. Son encargados de su propia seguridad, de proteger sus intereses o los intereses de aquellos.

El primer comisionado de la CICIG, Carlos Castresana Fernández⁹³ en un trabajo publicado en la Revista de Jueces para la Democracia en Madrid, se refiere a la impunidad en Guatemala, explica: “La impunidad es *inducida*: el sistema no funciona porque existen grupos de poder que no quieren que funcione, porque desean perpetuar el estado de privilegios, y que se han ocupado de instrumentar mecanismos y procedimientos para asegurarse de que nadie les exige rendición de cuentas”. En relación a los CISACS esboza que los Cuerpos Ilegales de Seguridad, son: “los grupos armados de la región, conocidos como paramilitares, compuestos por civiles que eran armados por el Ejército o el sector privado que realizaban las tareas de guerra sucia, es decir, la represión masiva e indiscriminada de la población civil. ... eran grupos creados por las unidades de inteligencia militar, que durante la guerra infiltraron las instituciones del estado en labores de contrainsurgencia.” En seguida amplía y expone al día de hoy quienes son: “los integrantes de los Cuerpos Ilegales pasaron a retiro o se reintegraron a la vida civil, pero otros constituyeron empresas de seguridad privada, en ocasiones bajo el mando de los antiguos jefes militares, o se incorporaron a la Policía.” En cuanto a los aparatos indica: “los aparatos clandestinos de seguridad tampoco se disolvieron, ni fueron desmantelados. Dejaron de pertenecer oficialmente a las Fuerzas Armadas, pero siguieron existiendo y operando, algunos de sus integrantes siguieron en el Ejército o pasaron también a la Policía. Los que habían infiltrado las instituciones permanecieron en ellas, en parte para retenerlas como botín de guerra, en parte los que habían infiltrado en el sistema de justicia, ...”. Llama la atención, si el Comisionado de la CICIG, sabía perfectamente

93 Castresana Fernández, Carlos, “La CICIG, Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala”, en Revista No. 78. Noviembre/2013, Madrid, disponible en World Wide Web: www.juecesparalademocracia.es

quienes eran los CISACS, porque no los investigó y persiguió, es más al día de hoy ni este comisionado ni los últimos han presentado un informe sobre los CISACS, cuando esencialmente esta es su misión.

En el acuerdo CICISACS, había una definición más específica para establecer quiénes eran los CISACS, mediante la identificación de los sujetos activos y pasivos intervinientes en los delitos; con tan solo identificar a estos sujetos, estaríamos en presencia de los CISACS, sin embargo en el acuerdo CICIG no se definieron y queda su identificación de acuerdo a la buena o mala interpretación de los jueces y tribunales en última instancia.

Para comprender mejor, el fenómeno de los CISACS debemos de considerar y conocer sus orígenes. En el acuerdo CICISACS se hablaba de los sujetos pasivos de los CISACS, tendríamos que ubicarlos cuando en aquellos hechos delictivos ocurren: “ataques perpetrados contra los defensores de los derechos humanos, los profesionales del sector de la justicia, los testigos, los periodistas, los sindicalistas y otros activistas del sector social”; con mayor precisión, el término defensores de derechos humanos en sentido amplio, según Claudia Samayoa abarca: “campesinos, directivos de asociaciones locales de desarrollo, miembros o directivos de organizaciones en defensa de la diferencia sexual, travestís o trabajadoras del sexo, personas que trabajan en la procuraduría de los derechos humanos, comisión presidencial de derechos humanos, fiscalía de derechos humanos, directivos de organizaciones locales de derechos indígenas, miembros de organizaciones que tienen como actividad el sistema de justicia o desarrollen acciones para el enjuiciamiento de violadores de los derechos humanos y el fin de la impunidad, mujeres que promueven la defensa de los derechos de la mujer, quienes promueven derechos de la niñez y la juventud, quienes promueven la defensa del consumidor, quienes se posicionan en contra de la corrupción en forma individual o académicos destacados, periodistas que hacen investigaciones sobre casos de derechos humanos, corrupciones o funcionarios públicos, religiosos que acompañan luchas campesinas o defienden derechos humanos, sacerdotes mayas ejerciendo su libertad de religión, sindicalistas, quienes laboran en averiguar la verdad o reconstruir la memoria histórica respecto a los hechos del conflicto armado y quienes trabajan en resarcimiento y exhumaciones.”⁹⁴

La MINUGUA, al referirse a los CISACS, ahora refiriéndose a sus integrantes, manifestaba que: “Son estructuras que difícilmente pueden estar fuera del aparato estatal, competir contra el mismo o ser totalmente ajenos a su conocimiento. Del mismo modo, se precisa que en dichas estructuras ilegales se

94 Samayoa, Claudia, *El Rostro del Terror. Análisis de los ataques contra defensores de los derechos humanos del 2000 al 2003*, pp.12 a 14.

combinan formas y motivaciones organizacionales diversas entre las que se incluye el apadrinamiento de las estructuras formales de inteligencia militar, con los cuales, y atendiendo a los objetivos de las operaciones, se dan niveles de coordinación, además, de tener cierta autonomía y estar vinculadas al fenómeno del crimen organizado o a la ejecución de encargos personales.”⁹⁵

Para la MINUGUA, los CISACS, también son: “... destacamentos de inteligencia operativa y/o de fuerzas especiales que aprovechando la estructura y las misiones de los cuerpos de seguridad (inteligencia militar, servicios de seguridad, policía nacional, etc.) ejecutan subrepticamente actividades al margen de la ley y/o de violaciones de derechos humanos por encargo de un superior jerárquico. Pueden estar conformados sólo por personal en actividad, en retiro y/o delincuencia común y/o organizada. La aparente contradicción existente entre el concepto de “seguridad” y la naturaleza clandestina e ilegal de las actividades de estos cuerpos y aparatos, refleja la esencia de este fenómeno producto de la política contrainsurgente y su continuación durante la época democrática. En tanto que funcionan bajo el modelo de seguridad contrainsurgente, heredado de la época del conflicto, de forma clandestina e ilegal en un régimen de Estado de Derecho vaciándole así de contenido a la democracia.”⁹⁶

Para comprender mejor qué son los CISACS, según la denominación dada por Amnistía Internacional, refiere: “Mafias Corporativas de Estado”, –*Corporate Mafia State*–⁹⁷ explica que éstas consisten en una red entre tradicionales sectores de la oligarquía, algunos nuevos empresarios, elementos de policía, criminales de guerra y delincuencia común. Agrega que son segmentos de la sociedad que han ejercido el control y dominación del país durante los años de la guerra civil, además refiere que tienen vínculos entre corporaciones multinacionales y, por supuesto, poderosos intereses económicos en Guatemala.

Estos “cuerpos ilegales de seguridad” son según Megan K. Donovan, grupos de delincuencia organizada con vínculos en instituciones públicas, funcionarios de Estado y la policía. Agrega que los objetivos de los acuerdos de paz era, entre otros, desmantelar estos grupos, sin embargo han continua-

95 Introducción, párrafo 2. p. 5. Undécimo Informe. MINUGUA.

96 Párrafo 23, p. 13. Undécimo informe.

97 Informe disponible en World Wide Web: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR34/001/2002/en/c3fe8944-d8a3-11dd-ad8c-f3d4445c118e/amr340012002en.pdf>

do funcionando y extendiendo sus operaciones, de manera paralela al desarrollo del Estado.⁹⁸

Los CISACS son llamados también “poderes ocultos” por Jaime Robles Montoya, quién explica que son: “actores no formales pero detentadores reales de poder; ... en desmedro del poder formal”, “es una red o estructura de relaciones de poder que, siendo subrepticia a la estructura estatal en un determinado ámbito subterráneamente coopta e inmoviliza o coarta el poder formal en dicho espacio, logrando la oculta organización fáctica convertirse en detentadora real de poder desde la sombra y en desmedro del imperio de la ley, según sus intereses”, “Este fenómeno esta conformado a veces sólo por funcionarios públicos (ciertas autoridades políticas, militares, policías, jueces, fiscales, etc.) otras veces por una concatenación de éstos y privados (con empresarios, narcotraficantes, etc.), o una combinación de ellos; pero todos los comprometidos en el fenómeno, cumplen un rol en el funcionamiento de la “red” soterrada. Unos la dirigen, otros apoyan ó ejecutan, otros encubren, etc., pero todos se benefician del fenómeno estructural que instauran”, “será impune y soterrado poder de facto, será un fraude al Estado de derecho”, “No es una estructura paralela sino transversal, lo que busca es detentar el poder o coartarlo desde las sombras para beneficio del grupo comprometido con él.”⁹⁹ Dicho autor hace una tipología del poder oculto, desde distintos puntos de vista para identificarlos; en su ensayo acredita su existencia con casos del Perú y los compara con casos paradigmáticos de Guatemala, Caso Jorge Carpio Nicolle, Caso Epaminondaz González Dubón, Caso Ervin González Barrientos, Caso Alfredo Moreno, Caso de la ley de distribución de bebidas alcohólicas y fermentadas. En todos estos casos Robles Montoya identifica su existencia en Guatemala.

Estos poderes ocultos, –*Hidden Powers*– según Susan C. Peacock y Adriana Beltrán, son: “pequeñas bandas de hombres fuertemente armados que cometen actos de violencia criminal, son una característica de la época post-conflicto en Guatemala.”, “Se protegen a través de los contactos políticos, corrupción o por medio de la violencia”, “ponen en peligro el Estado de Derecho y el funcionamiento de la democracia”, “es una reunión informal, una amorfa red de individuos poderosos en Guatemala, que utilizan sus posiciones y contactos en los sectores público y privado para enriquecerse con sus activi-

98 Donovan, Megan K., “The internacional comission against impunity in Guatemala: Will accountability prevail?”, en *Arizona Journal of Internaciona and Comparative Law*, p. 809. Disponible en World Wide Web: <http://www.ajicl.org/AJICL2008/Donovan.pdf>

99 Robles Montoya, Jaime, *El poder oculto. Serie de ensayos sobre los poderes ocultos*, Fundación Myrna Mack. Segunda reimpresión, Guatemala, 2006.

dades ilegales y para protegerse de la persecución penal por los delitos que comenten”, “tienen una gran parte del verdadero poder en el país, su poder es tan fuerte que puede atar de manos a aquellos que amenacen sus intereses: Incluso agentes de Estado”, en su trabajo se refieren a quienes los integran con nombres y apellidos, incluyen al actual presidente de la república, además explican cómo se originan, qué personas los fundan, cómo se han ido consolidando y citan casos específicos en donde pueden verse sus acciones realizadas.¹⁰⁰

Pero como todo fenómeno social, se habla de algo no estático, sino cambiante, mutante y en expansión, según Eduardo Stein Barillas, vicepresidente de la república de Guatemala, (15 de enero 2008 – 14 de enero 2012) e ideólogo de la CICIG, los CISACS “*ya no son los mismos poderes que vemos y padecemos de ahora, fueron mutando, ... se han ido transformando y adaptándose gradualmente a las nuevas realidades, institucionales, políticas y económicas del país, ... antes servían como instrumentos de represión al margen de la ley, ... servían para persecución y represión en la guerra sucia en varios de los países latinoamericanos*”.¹⁰¹

En todo caso, según se explicó, el acuerdo CICIG dejó amplias las posibilidades de apreciación sobre que son los CISACS. Esto es sumamente importante a efecto de determinar qué le compete a la CICIG dentro de su mandato. Es tan importante estar claros en que son los CISACS, puesto a partir de esto, se define su competencia operativa y legal, su precisión debe servir para enfocar sus esfuerzos. De tal cuenta que para identificar a los CISACS, debemos determinar la concurrencia de los elementos de que se componen.

IX. Marco jurídico de la CICIG para ejercer funciones

El marco jurídico que sirve a la CICIG para ejercer sus funciones lo constituyen en principio, el acuerdo de implementación, el cual por haberse caracterizado como instrumento internacional de derechos humanos, ingresa al ordenamiento jurídico del país con la posibilidad de derogar leyes ordinarias en donde pueda existir una posible antinomia, por así ser considerado por la Corte de Constitucionalidad y por tres razones de hermenéutica jurídica, es ley posterior, especial y porque tiene mayor jerarquía sobre las leyes ordina-

100 Peacock, Susan C. y Adriana Beltrán. Hidden Powers in post-conflict Guatemala. Illegal Armed Groups and the forces behind them. Washington Office on Latin America. (WOLA) 2003. Disponible en World Wide Web: <http://cgrs.uchastings.edu/pdfs/HiddenPowersFull.pdf>

101 Disponible en World Wide Web: http://www.cicig.org/index.php?page=capsulas_audio

rias; pero sus efectos son temporales, solamente mientras tenga vigencia, o sea que, tiene un carácter transitorio.

Originalmente su vigencia era por 2 años a partir del 4 de Septiembre del 2007, fecha en que se completo el procedimiento interno de aprobación, debía concluir el 3 de Septiembre del 2009; sin embargo, se ha ampliando en tres oportunidades,¹⁰² cada vez a 2 años más,¹⁰³ el 6 de septiembre del 2012, una comitiva del gobierno de Guatemala, Vicepresidenta de la República, Fiscal General, Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Ministro de Gobernación y Presidente del Congreso de la República acompañados del Comisionado Francisco Javier Dall’Anese Ruiz, solicitaron formalmente al Secretario General de la ONU la ampliación del mandato a otros 2 años más, de tal cuenta que la CICIG continua hasta el 3 de septiembre de 2015.¹⁰⁴ Teniendo en cuenta tanta prórroga otorgada, lo ideal hubiera sido hacerlo desde su suscripción, originariamente debió crearse para más de 6 años, esto tendría la gran ventaja de que su existencia no dependería de gobiernos posteriores; puesto que cada ampliación implica para el comisionado la posibilidad de dejar su trabajo o mantenerlo, incertidumbre en los casos que lleva, para lograrlo debe hacer *lobby* con las autoridades de turno, esto podría llevar implícito asumir compromisos, etc.

Para ejercer las acciones propias de su función, la CICIG debe hacerlo dentro del marco jurídico del país anfitrión, especialmente debe considerar la normativa constitucional, el código procesal penal, ley orgánica del ministerio público, ley orgánica de la policía nacional civil, ley contra la criminalidad organizada, ley de protección de sujetos procesales y de otras personas vinculadas a la administración de la justicia penal, entre otras. Además, debe observar todos aquellos instrumentos internacionales que en materia de protección de derechos fundamentales Guatemala ha ratificado sean del ámbito de la ONU o de la Organización de Estados Americanos (OEA).

El ocaso de la CICIG estaba cerca, se tendría que ir en septiembre del 2015, ya que el actual gobierno del General Otto Pérez Molina tendía a no prorrogarla más, así se dijo expresamente, era suficiente la prórroga antes promovida, así mismo, se decía públicamente, que preparara su salida y solo se dedicara a transferir capacidades. Luego se le sugirió que investigara “aduanas

102 Disponible en World Wide Web: <http://cicig.org/index.php?page=mandato>

103 Disponible en World Wide Web: <http://www.cicig.org/uploads/img/2011/image/COM-015-20110317-IMG40.jpg>

104 Disponible en World Wide Web: <http://cicig.org/index.php?mact=News,cntnt01,-detail,0&cntnt01articleid=239&cntnt01returnid=67>

y el financiamiento de los partidos políticos”. En poco más de un año, para sorpresa de la población, la CICIG y el MP judicializaron el caso que se denominó “la línea”, que era una estructura de crimen organizada que estaba dirigida por el secretario privado de la vicepresidenta de la república y altos funcionarios de la Superintendencia de la Administración Tributaria, (SAT) quienes en aduanas obtenían ganancias millonarias en perjuicio del Estado de Guatemala.

El caso “la línea” sirvió a la CICIG para catapultarle y en víspera del anuncio de la continuación o no de la CICIG, se anunció por el Presidente de la República, una nueva prórroga a la CICIG por dos años más. El órgano estatal (INSTANCIA COORDINADORA DE MODERNIZACIÓN DEL SECTOR JUSTICIA) a quién se le pidió por parte del Presidente de la República hiciera un análisis del trabajo de la CICIG y recomendara si debía o no continuar, dictaminó favorable a una prórroga más, de tal cuenta que tendremos CICIG hasta el 3 de septiembre del año 2017.

X. Funciones de la CICIG conforme a su mandato

- a) Funciones en materia de investigación.
 - 1) Determinar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos, respecto de los cuales establecer:
 - Su estructura,
 - Formas de operar,
 - Fuentes de financiamiento,
 - Posible vinculación con entidades o agentes de Estado y otros sectores que atenten contra los derechos civiles y políticos en Guatemala.
 - 2) Recabar, evaluar y sistematizar información suministrada por cualquier persona, entidad oficial o privada, organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales y autoridades de otros Estados;
 - 3) Solicitar, a cualquier funcionario o autoridad administrativa de los organismos del Estado y de sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas: declaraciones, documentos, informes y colaboración en general, estando obligados éstos a atender y proporcionar sin demora aquello que les sea requerido.

Respecto de estas funciones, advertimos que la investigación no solo debe servir para evitar delitos a futuro, sino para encausar los ya ocurridos en el pasado y los que ocurran dentro de la vigencia de su mandato cuando están relacionados. No se tienen límites para hurgar en el pasado, lo que sí constituiría un coto legal para utilizar la investigación y fundar la persecución pe-

nal es la prescripción de la responsabilidad prevista en todo código penal por razones de seguridad jurídica.

En la realidad la CICIG no participa en delitos del pasado, menos los relativos al conflicto armado interno, parece que aun cuando no existe en el acuerdo de establecimiento una norma que lo prohíba expresamente, hay un pacto oculto previamente negociado, que lo impide. Fue creado con la clara advertencia de que no debe participar en la Justicia de Transición, fue una decisión consciente, de lo contrario no hubiera existido.¹⁰⁵

En cuanto a los hechos ocurridos dentro de su mandato, se observa que no intervinieron dentro del proceso penal en donde militares –1 coronel y 8 soldados– repelieron una manifestación pacífica de la Junta Directiva de la Asamblea de los 48 Cantones del departamento de Totonicapán, el día 4 de octubre del 2012, quienes se oponían a las reformas constitucionales que insistentemente impulsaba el ejecutivo, por el alza a la energía eléctrica, por las actividades mineras autorizadas sin cumplirse con el derecho de consulta de los pueblos indígenas y por los cambios a la carrera de magisterio bilingüe intercultural, por cuyas acciones fallecieron 6 personas y hubo más de 2 docenas de heridos por armas de fuego ofensivas.¹⁰⁶ Aunque en este caso, no se trata de un cuerpo ilegal, ni se actuó de manera clandestina, fue realizado frente a todos. Habría que profundizar más, para establecer si no se trata de un CISACS.

El Antropólogo Ricardo Falla Sánchez, teniendo presente las masacres del pasado, considera que estos acontecimientos representan la primera masacre después de la firma de la paz.¹⁰⁷

Las facultades de la CICIG para recabar información son mayores a las que tiene el Ministerio Público, en principio respecto a la obtención de información de entidades privadas, ya que éste ente oficial, está limitado a reque-

105 El Centro Internacional para la Justicia Transicional, Impunity Wach y la Plataforma Holandesa contra la impunidad tienen esta opinión. Cambiar la cultura de la violencia por la cultura de la vida. Pp.56 y ss. Disponible en World Wide Web: [http://www.impunitywatch.org/docs/CICIG_Report_\(IW,_ICTJ,_Dutch_Platform\).pdf](http://www.impunitywatch.org/docs/CICIG_Report_(IW,_ICTJ,_Dutch_Platform).pdf)

106 Este proceso se tramita en el Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el ambiente de Procesos de Mayor Riesgo en Guatemala. (1080-2012-00504) Dentro de este proceso participa la CICIG como tercero interesado dentro de dos acciones constitucionales de amparo promovidas por el Ministerio Público, pero no en el proceso penal subyacente.

107 Falla Sánchez, Ricardo, *Al atardecer de la vida... Escritos de Ricardo Falla*, sj. Volumen 1, Del proceso de paz a la masacre de Alaska, Guatemala, 1994-2012.

rir información directamente a personas individuales o jurídicas privadas,¹⁰⁸ solo puede hacerlo, previa autorización del juez competente. Por otra parte, la CICIG puede y tiene la facilidad de buscar información fuera del país, mediante mecanismos no formales y no como le correspondería hacerlo al Ministerio Público que debe cumplir ciertas exigencias legales.

Con el objetivo de garantizar la efectividad de estas funciones, en el acuerdo de la CICIG, se establece la obligación de todas las entidades del Estado de atender y proporcionar sin demora todo aquello que le sea requerido. No obstante esta obligación, la CICIG, puede actuar vía procedimiento administrativo disciplinario, en contra de aquellos que no actúen sin demora, o en su caso, promover persecución penal por considerar que la actitud de falta de atención de la solicitud implica obstrucción de justicia.

Otro aspecto esencial, que difiere y le da privilegios a la CICIG frente al Ministerio Público es que la información obtenida, no tiene obligación de revelarla ante los demás sujetos procesales, mientras el Ministerio Público generalmente debe hacerlo,¹⁰⁹ excepcionalmente puede disponer la reserva total o parcial de las investigaciones por un plazo no mayor de 10 días, plazo que puede prorrogarse por un igual periodo una vez más, pero los interesados pueden acudir al juez de garantías a solicitar se ponga fin a la reserva.¹¹⁰ Este privilegio se consolida con el deber frente a las víctimas, testigos, peritos y colaboradores de guardar confidencialidad y no revelar sus fuentes de

108 **“Facultades del Ministerio Público.** ... Para solicitar informaciones de personas individuales o jurídicas el Ministerio Público deberá solicitar autorización de juez competente. ...” artículo 319 segundo párrafo. CPP.

109 **“Investigación.** El fiscal a cargo de la investigación de un delito debe reunir los elementos de convicción de los hechos punibles en forma ordenada, que permita el control del superior jerárquico, de la defensa, la víctima y las partes civiles. Artículo 48. Ley orgánica del Ministerio Público; **“Participación en los actos.** El Ministerio Público permitirá la asistencia del imputado, de los demás interesados, de sus defensores o mandatarios a los actos que realice sin citación previa. ...” Artículo 316. Código Procesal Penal.

110 **“Carácter de las actuaciones.** ... Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado participación en el procedimiento, los defensores y mandatarios. No obstante, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad y si no hubiere auto de procesamiento, el Ministerio Público podrá disponer, para determinada diligencia, la reserva total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, los interesados podrán solicitar al juez que ponga fin a la reserva...” Artículo 314. Código Procesal Penal.

información;¹¹¹ en tanto sean medios de investigación y no medios de prueba para aportar en la etapa de juicio.

Para el Ministerio Público, la obligación de guardar reserva y protección a los órganos de prueba, puede ser muy difícil de cumplir; en cuanto a la protección de órganos de prueba, lo debe hacer a través de la Oficina de Protección que está a su cargo, pero se apoya en miembros de la Policía Nacional Civil; siendo un aparato burocrático estatal está al alcance de muchas personas la información que se busca proteger. Esto podría tener alguna efectividad con la existencia de convenios de colaboración con otros países y siendo muy estrictos en manejo de la información. En todo caso ambos tienen la posibilidad de utilizar sistemas de declaración mediante video conferencia y preferentemente practicando anticipos de prueba.

En cuanto a la función de investigación, la CICIG tiene plena autonomía, sus acciones no están subordinadas a nadie, el comisionado es el soberano en el ejercicio de esta función, ningún funcionario puede decirle que hacer o no, ni aún el Presidente de la República o Vicepresidente pueden decirle o orientarle en esta función, al final del mandato, el será el único responsable el fracaso o éxito en su función investigativa. A mi juicio es la más importante de todas. Sus funciones en materia de investigación están muy claras y determinadas, deber ir tras los Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos de Seguridad. Se le demanda, eficacia en el fiel cumplimiento de este mandato, en la medida que le sea posible según su capacidad operativa.

Teniendo autonomía en la función de investigación, es deseable que sus hallazgos sean comunicados y compartidos con el Ministerio Público, a efecto trabajar coordinadamente, en todo caso puede introducirla o judicializarla aún sin anuencia del fiscal. Pero habrá asuntos e información que no las debe compartir con el fiscal, esto no tiene ningún inconveniente ya que perfectamente lo puede hacer.

El deber de guardar reserva de la investigación realizada ha sido cuestionado duramente por abogados defensores en casos concretos y por medio de la opinión pública, sin embargo, la CICIG legalmente no está obligada a revelarla, en cada caso que interviene, debe considerarse que cuando la investigación sirve como medio de prueba dentro de un proceso, necesariamente hay que judicializarla, o sea, presentarla ante el juez; esta situación tiene el inconveniente de que debe enterarse a la contraparte, en consecuencia estratégicamente esto debe sopesarse, ante el peligro de alertar autores y otros partícipes en el delito, ya que podrían obstruir la investigación o darse a la fuga.

111 Artículo 3.1.g) del Acuerdo establecimiento de la CICIG.

La CICIG, presenta muchas ventajas, para la práctica de la investigación, puede retrotraerse a cualquier acontecimiento pasado, sin ninguna limitación, sólo en el caso de judicializarla, es cuando tendría que relevarla. Lo investigado puede usarse y servir para fundar la persecución penal, de no hacerlo directamente, puede transferirla a la fiscalía que corresponda, respecto al pasado no tiene límites. Aun con esto puede investigar delitos prescritos, ya que en todo caso si por alguna razón no les pudo perseguir, le serviría para elaborar el informe que caracterice a los CISACS.

En la investigación que desarrolla, actuando eficazmente, se podría obtener abundante información de su competencia conforme a su mandato, pero mientras investiga, podría acercarse a otro tipo de asuntos anejos u otros que se salen absolutamente de sus funciones. Estos últimos, no obstante pudieran ser de impacto, interesantes para una clínica legal internacional, trascendente por tratarse de un alto funcionario, su obligación es concentrarse en su mandato y trasladar la información pertinente al Ministerio Público quién sí tendría la obligación de actuar.

Al concentrarse el comisionado en los casos de su competencia, eventualmente le sería imposible llevar adelante todos los casos que lleguen a sus manos; antes debe priorizar y presentar sólo aquellos que sean considerados “simbólicos” o representativos. Esta actuación, tiene sustento en la existencia de un cúmulo de casos y en la imposibilidad material de abarcar eficientemente todos, se busca equilibrio en base a la capacidad operativa existente.

En solo un caso investigado, “caso Rosenberg” la CICIG hizo gala de sus posibilidades de investigación.¹¹² El asunto de mucha trascendencia para el gobierno del Ingeniero Álvaro Colom Caballeros, ya que en ocasión de este caso se buscó desestabilizar al gobierno y un rompimiento institucional. La solución oportuna del caso, lo liberó de responsabilidad.

La selección de casos, es actuar con cautela y prudencia, pero al final ser contundente. Esto que ha sido denominado litigio estratégico como lo refiere

112 Disponible en World Wide Web: <http://www.cicig.org/index.php?page=conferencia-prensa-caso-Rosenberg> Este caso demuestra la cantidad de recursos utilizados, según la CICIG, se analizaron 100,000 llamadas telefónicas, 9,508 documentos electrónicos, se realizaron 260 operativos, 180 reuniones de trabajo, 135 entrevistas, 112 diligencias, 87 informes policiales, 54 autorizaciones judiciales de obtención de información, 47 dictámenes periciales, 14 teléfonos interceptados, 21 equipo de investigación de funcionarios de la CICIG, 11 equipos de investigación de funcionarios del Ministerio Público, 300 funcionarios guatemaltecos y de la CICIG en operativos. En el equipo de la CICIG, había agentes de Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Suecia y Uruguay.

Hudson Andrew y Alexandra W. Taylor,¹¹³ ya que de lo contrario correría riesgos de no tener éxito en su función, al dispersar sus esfuerzos. Pero siendo pocos los asuntos de su competencia los individualizados, no se tendrían razones para discriminar alguno.

Idealmente debería investigar todos los casos sobre los CISACS, en cada uno de los puntos ya referidos, pero obviamente esto depende de una muy buena voluntad de lograrlo, los recursos humanos, tecnológicos y materiales con que se cuente, de la capacidad de desplazarse en el terreno e identificar puntos de interés; no concluir la investigación encomendada al final de su mandato y no lograr la judicialización de estos casos, no le representa ninguna responsabilidad; al finalizar su misión y de contar con información relativa a los CISACS y de otros asuntos, debe entregarla al Ministerio Público. Muchos esperamos de la CICIG, investigación, procesamiento y condenas, pero luego de más de 7 años, aún no tenemos ni siquiera un informe que responda a esta obligación en concreto. Al final de su mandato, la información que puede tener en su poder, de no entregarla al irse, no tiene ninguna repercusión legal.

Por supuesto, no puede pasarse por alto los muchos casos investigados de manera técnica y científica, que permitieron ser resueltos aún cuando eran de mucha complejidad; difícilmente sin la intervención de la CICIG y del uso de los métodos especiales de investigación criminal no se hubieran logrado.

Toda la información obtenida debe estar centralizada para ser sistematizada, verificada y analizada, debe ser un órgano específico dentro de la comisión, en su caso debe ser parte o compartida con el Ministerio Público. De no existir, debe crearse, a efecto de darle cumplimiento al objetivo del acuerdo relativo a la creación de mecanismos y procedimientos para evitar la comisión de delitos a futuro por los CISACS. Esta información tiene privilegios especiales, mientras esté en manos de la CICIG, porque según el acuerdo de creación, sus oficinas, son inviolables; no pueden ser objeto de registro, allanamiento, confiscación, secuestro, requisición ni expropiación.¹¹⁴ Al entregarse la información al Ministerio Público, se pierde esta indemnidad, porque el Ministerio Público es vulnerable aún más que un ciudadano común, ya que este

113 Op Cit. Hudson Andrew y Alexandra W. Taylor.

114 **Inviolabilidad de locales y documentos.** ... Artículo 9. Acuerdo de establecimiento de la CICIG.

último cuenta con una protección constitucional, que en todo caso no es infranqueable puede afectarse o intervenirse con orden de juez competente.¹¹⁵

En el futuro y como un legado de la CICIG, será necesario potenciar al máximo el uso de los métodos especiales previstos en la ley contra delincuencia organizada será esencial y constituirá un reto por el Ministerio Público de Guatemala, ya que como se ha visto ha sido esencial en la lucha contra la impunidad, pues los CISACS, cada vez siguen mutando y haciéndose más sofisticados y complejos.

b) Funciones de persecución penal.

Como producto de una buena investigación, al lograrse esclarecer hechos delictivos y la individualización plena de acciones u omisiones de personas como parte de los CISACS, corresponde a continuación promover la persecución penal, para procesarlos, acusarlos y obtener una condena, acabado con la impunidad de sus actos. Estas son funciones reactivas, dirigidas directamente en contra de un sujeto en particular o como medio accesorio de coerción para obtener información o su vinculación, se debe ejercitar frente al órgano jurisdiccional.

A partir del inicio de sus funciones la CICIG tenían dos opciones: i) apersonarse al proceso como coadyuvante en la persecución penal y requerir al juez de garantías la calidad de querellante adhesivo, cuando se trate de procesos ya iniciados en contra de los CISACS, siempre y cuando el caso aún se encuentre en fase de investigación,¹¹⁶ no teniendo ningún impedimento de hacerlo, sin importar la fecha en que el hecho se haya cometido; también tenía la opción de ii) intervenir en cualquier momento, al investigar y determinar la existencia de CISACS, puede provocar la persecución penal; en cualquiera de ambos casos, al darle la intervención el juez de garantías, le corresponde:

- 1) Colaborar con las autoridades en desarticular los CISACS.
- 2) Promover la persecución penal y sanción de los delitos cometidos por sus integrantes, estando facultado para promover denuncias.
- 3) Puede, a través del Ministerio Público, promover persecución penal cuando funcionarios o empleados públicos obstaculicen el ejercicio de las funciones o facultades de la comisión.

115 Artículo 24. **Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros.** Constitución Política de la República de Guatemala.

116 “**Oportunidad.** La solicitud de acusador adhesivo deberá efectuarse siempre antes de que el Ministerio Público requiera la apertura a juicio o el sobreseimiento. Vencida esta oportunidad el juez la rechazará sin más trámite. Artículo 118. Código Procesal Penal.

Como querellante adhesivo en la fase de investigación, puede formular requerimientos para la práctica de medios de investigación al Ministerio Público, aunque una de las grandes bondades de esta figura, es que ampliamente las puede hacer por sí, sin estar obligado a dar cuentas. También puede hacer requerimientos al juez de garantías autónomamente; sin embargo, es deseable que un coadyuvante coordine acciones con el actor principal.

En la realización de la función de persecución penal, carece de autonomía parcialmente; porque solamente participa como coadyuvante en la persecución penal, conformando una especie de litisconsorcio activo junto al fiscal del Ministerio Público asignado al caso. La calidad de querellante adhesivo se la otorga el juez, previo a constatar su legitimación en el caso concreto, calificación que debe hacerse en todos los casos sin excepción. Su ingreso al proceso, en calidad de parte, depende de la *legitimatío ad causam* que invoque; ésta existirá a partir de que en el caso se juzguen acciones de los CISACS, es función del juez de garantías verificarla; su admisión como querellante adhesivo es provisional y al resolver la etapa intermedia será en forma definitiva.

De conformidad a la normativa ordinaria, en cualquier momento de la etapa preparatoria o en la etapa intermedia,¹¹⁷ alguna parte interesada puede presentar excepción de falta de acción, discutiendo esa legitimidad, como ocurrió en el caso promovido en contra de Alfonso Portillo Cabrera, ex presidente de la República de Guatemala, entre otros. En este caso el juez de garantías declaró con lugar la petición y separo a la CICIG del caso,¹¹⁸ bajo el criterio de que no existía esta legitimación para su intervención porque no era en caso de su competencia. Siendo apelable la resolución fue revocada por la Sala de Apelaciones, quién sostuvo lo contrario. En este caso, la resolución de la juez de garantías, simplemente debió haber sido apelada, sin embargo la actitud de la CICIG fue promover persecución penal en contra de la jueza iniciando un antejuicio, lo cual no parece un actuar conforme a reglas procesales de un debido proceso, pues en el foro se comenta que los jueces que conocen casos de la CICIG temen resolver de manera distinta a lo que se

117 Artículo 339. **Oposición.** Código Procesal Penal.

118 Disponible en World Wide Web: <http://cicig.org/index.php?mact=News,cntnt01,-detail,0&cntnt01articleid=1&cntnt01returnid=300>

solicita.¹¹⁹ Al final, al resolverse el antejuicio se declaró sin lugar,¹²⁰ sin embargo, con la sola denuncia de obstrucción a la labor de la CICIG dio lugar a que la jueza fue trasladada al departamento de Izabal,¹²¹ a 308 kilómetros de distancia de su sede original. Medida que, a la luz de los hechos, fue injusta. La intervención de la CICIG en los casos en sede judicial, está legitimada a partir de que en el caso existen CISACS, al no existir esta, no tendría porque participar, estaría distrayéndose de sus reales funciones.

Respecto a la legitimación en la causa, existen muchas críticas en el foro jurídico guatemalteco, ya que a falta de dirigir su actividad al objeto de su mandato, la CICIG discurre su actividad en casos fuera de su mandato, aunque de son de impacto social, de corrupción, de interés para una clínica de derecho penal internacional, de delincuencia común organizada y en donde aparecen participando policías o ex policías, militares o ex militares, funcionarios o empleados públicos e incluso particulares.¹²² En ninguno de estos, con

- 119 Huitz Enriquez, Erick Rolando, *El Estado de Guatemala y la CICIG*, S.E, Guatemala, 2009, p. 2. “El comisionado de esta institución se ha convertido en un virrey al que todos los funcionarios le tienen miedo, y obedecen sus ordenes al pie de la letra para no ser señalados por él...” Aquí directamente se está refiriendo al Comisionado Carlos Castrejana Fernández, no a sus continuadores.
- 120 Disponible en World Wide Web: <http://noticias.emisorasunidas.com/noticias/nacionales/csj-declara-improcedente-la-solicitud-de-antejuicio-contra-jueza-irma-leticia-va>
- 121 Disponible en World Wide Web: <http://www.elperiodico.com.gt/es/20090709/pais/106364>
- 122 Disponible en World Wide Web: <http://www.cicig.org/index.php?page=casos> Entre los casos referidos en la página oficial de la CICIG, está el caso de lavado de dinero en contra de Alfonso Portillo, ex presidente de la República de Guatemala, se trata de un caso de corrupción; Caso Bus de Nicaragua, asesinatos entre otros, fue resuelto como un caso de tumbe de drogas, intervinieron agentes de Estado; Caso Fraijanes se trata un de caso de corrupción de funcionarios de Estado; Caso Gasofa, es un caso de delitos tributarios con intervención de funcionarios y empleados públicos; Caso Maskana, caso de corrupción con intervención de funcionarios y empleados públicos; Caso Mariachi Loco, delitos de robo y asaltos por personal de policía nacional civil; Caso Militares, se trata de corrupción por funcionarios de Estado; Caso Musa, asesinatos, en el perfil parece delincuencia común; Caso Muyus, se refiere a adopciones irregulares, intervienen agentes de Estado; Caso Primavera, adopciones irregulares con intervención de agentes de estado y particulares; caso Rosalinda Rivera, adopciones irregulares con intervención de agentes de Estado y particulares; Caso secuestro de Retalhuleu, parece un caso de delincuencia común; Caso Vargas, parece un caso de asesinato de niñas, de delincuencia común; Caso Víctor Rivera, asesinato fue resuelto como un caso de delincuencia común. Caso Zacapa, se refiere a asesinatos masivos, enfrentamiento entre narcotraficantes. Aquí en este listado de casos, no aparece el caso Pavón, del cual habrían algunos indicios de tratarse de CISAC.

claridad se puede precisar el requisito de existir uno varios sujetos pasivos a quién o quienes se les vulneraron sus derechos civiles y políticos, según se infiere del acuerdo de implementación y que ha sido individualizado con precisión por Claudia Samayoa y Amnistía Internacional.

La determinación de la competencia no solamente será un análisis de las características de las víctimas y sujetos activos, habrá que saber el móvil del delito, el elemento subjetivo inmediato y el mediato que corresponda a un plan organizacional y por último los bienes jurídicos vulnerados. Aunque en muchos casos, no se tendrá toda la información, se podrá solamente presumir y argumentar sobre la probabilidad, lo cual sería suficiente para lograr su intervención, pero habrá que explicar claramente que se actúa en contra de CISACS.

En los pocos casos en donde ha intervenido la CICIG que han llegado a juicio, solamente se ha logrado acreditar en tribunales, la existencia de delitos comunes, a veces muy graves, en donde han participado funcionarios o empleados públicos y/o particulares, pero nunca explica si estos son los Cuerpos Ilegales de Seguridad y/o Aparatos Clandestinos de Seguridad. Sujetos que debe enfrentar la CICIG, ya que se ha dejado de hacer todos los análisis de todos los diferentes elementos que los configuran.

En los casos judicializados, medianamente los jueces llegan a la convicción de la existencia del delito y determinan la participación de personas individuales como autores materiales, pero casi nunca se acredita el móvil o la razón del mismo, se exhiben como hechos aislados, lo cual claramente inhibe la participación de la CICIG; esta falta de certeza, también ocurre porque nunca se determina si existieron autores intelectuales, mucho menos que se les vincule, persiga y sancione. Si es que se trata de los CISACS, podría pasar como de ordinario ocurre, que el hilo se rompe por el lado más débil.

Si solamente vemos la legitimación de la actuación de la CICIG por los sujetos activos y consideramos que la CICIG debe intervenir en aquellos casos en donde participan aquellas personas que refiere Megan K. Donovan, quienes dice MINUGUA, Jaime Robles Montoya, Susan C. Peacock y Adriana Beltran, caeríamos en una cacería de brujas, porque de esta manera aún no se tiene certeza de que se actúa en contra de los CISACS.

En calidad de querellante adhesivo, la CICIG puede, en la etapa intermedia del proceso, adherirse a la acusación del Ministerio Público exponiendo sus propios argumentos o manifestar que no acusará, puede señalar vicios formales en que incurra el escrito de acusación requiriendo su corrección, objetar

la acusación porque se omite algún imputado o algún hecho o circunstancia de interés para la decisión penal, requiriendo su ampliación o corrección.¹²³

Durante la preparación del debate, puede ofrecer pruebas para diligenciar en el mismo y promover la recusación en contra de los miembros del tribunal y en la fase de juicio, participar activamente en todas las audiencias. La facultad de querellante adhesivo le da la calidad de sujeto procesal, le confiere facultad autónoma para recurrir presentando medios de impugnación, respecto a cualquier resolución que se emita y que considere le ocasione un agravio. Sin embargo, no está exento de asumir ciertas cargas procesales que tienen todos los querellantes adhesivos. En cualquier momento del proceso puede desistir de su acción o de un recurso.¹²⁴ En la fase de ejecución de la sentencia por disposición de ley no puede intervenir.¹²⁵

Por último, puede, a través del Ministerio Público promover persecución penal cuando funcionarios o empleados públicos obstaculicen el ejercicio de las funciones o facultades de la comisión. En este caso no se trata de delitos cometidos por los CISACS, sino acciones u omisiones de funcionarios o empleados públicos responsables de obstaculizar las funciones de la CICIG; esta facultad se utilizó en el caso del ex fiscal Álvaro Matus¹²⁶ a cargo del caso de Víctor Rivera Azuaje.

Pero ocurrió en otro caso, de manera sorprendente, en uno de los casos investigados por la CICIG (caso bus de Nicaragua) y que se encontraba en fase de juicio se promovió de manera fugaz, persecución penal en contra de una ex funcionaria de la CICIG, Giselle Rivera costarricense, quién había sido propuesta por la defensa para declarar como testigo a favor de los acusados, se le atribuyeron delitos no de mayor gravedad, más se gestionó en su contra una orden de detención internacional, medida al parecer desproporcionada.¹²⁷ Pero obedecía a un claro objetivo, que dicha persona no llegara al debate y diera su declaración como testigo de descargo. Al parecer su intervención afectaría la tesis fiscal y podría lograr abortar el caso.¹²⁸

123 Artículo 337. Actitud del querellante. Código Procesal Penal.

124 Artículo 119. Desistimiento y abandono. Código Procesal Penal.

125 Artículo 120. Intervención. Código Procesal Penal.

126 Disponible en World Wide Web: http://www.prensalibre.com.gt/noticias/justicia/Envian-juicio-fiscal-Alvaro-Matus_0_250775172.html

127 Disponible en World Wide Web: <http://www.s21.com.gt/nacionales/2010/11/19/ex-investigadora-costarricense-cicig-dice-proceso-contra-ilegitimo>

128 Disponible en World Wide Web: http://www.prensalibre.com/noticias/Cicig-oculto-investigaciones_0_380361964.html

Genera muchas dudas que realmente ocurrió, porque antes del incidente, dicha testigo era ex compañera y alguien de confianza para el Comisionado Francisco Dall'Anese Ruiz también costarricense. Por su parte, la ex funcionaria de la CICIG ha utilizado la web para explicar sus razones y presentar su verdad.¹²⁹ El periodista costarricense-salvadoreño Lafitte Fernández, presentó un libro sobre el tema,¹³⁰ aporta documentos relacionados al caso, respalda a Giselle Rivera y su versión, la cual es contraria a lo resuelto en el caso por los tribunales guatemaltecos. Todo lo cual contrasta con la página web oficial de la CICIG que no tiene información al respecto.

Por medio de esta función según la CICIG, se justifica la presentación del informe denominado “LOS JUECES DE LA IMPUNIDAD”, realizado en el mes de noviembre del 2012, en donde la CICIG hizo un estudio de las sentencias y resoluciones de diversos casos y lo presentó al Ministerio Público en calidad de denuncia para provocar la persecución penal si así fuera el caso. “Los jueces de la impunidad incurrieron en la violación de la ley en sus resoluciones al dictar fallos contrarios al derecho, violaron la ley y favorecieron a redes criminales”, dijo el Comisionado Francisco Dall'Anese.¹³¹

Bajo esta función prevista en el Acuerdo de establecimiento de la CICIG en el artículo 3.1.d) no incluye la presentación pública de informes temáticos como el antes indicado, más bien le permite promover procedimientos administrativos disciplinarios y promover persecución penal. Al final esto último es lo que hace con motivo de la presentación del informe.

El trabajo en esta área se realiza en conjunto con el Ministerio Público por medio de la Fiscalía Especial contra la Impunidad, (FECI) según selección de casos dentro del marco de su competencia.

a) Funciones sobre deducción de responsabilidad administrativa.

129 Disponible en World Wide Web: https://www.youtube.com/watch?v=3D4EeR-ITS-V8&ei=5LgwU_7RJ8L10gGEtoCYBw&usg=AFQjCNFWkwLK97j2a14flS3BHFscRBLlaQ

Se trata de 3 videos llamados “Desenmascarando a la CICIG”, en donde Guiselle Rivera en un conversatorio con el Ex Presidente Serrano Elías quien radica en Panamá, explica su relación con la CICIG, los casos investigados, la actuación de los Ex Comisionados Carlos Castresana Fernández y Francisco Dall'Anese Ruiz.

130 Lafitte Fernández, *Crimen de Estado. El caso Parlacen*, F & G AURA Editores, Segunda Edición. Guatemala, noviembre 2011.

131 Disponible en World Wide Web: <http://www.cicig.org/index.php?mact=News,cntnt01,detail,0&cntnt01articleid=306&cntnt01returnid=67>

En esta materia la CICIG, tiene la potestad de promover la deducción de responsabilidad administrativa o disciplinaria por actos u omisiones de funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, pudiendo promoverla y participar como tercero interesado. Esta atribución es una herramienta funcional cuando la acción u omisión, no constituya un delito de competencia de la CICIG, o aún así, puede promoverse simultáneamente a la penal.

Estas funciones se concretarían en:

1. Denunciar ante el Inspectoría General de la Policía Nacional Civil, Oficina de Responsabilidad Profesional, Supervisión del Ministerio Público, o a la entidad que corresponda según el tipo de actor, las faltas administrativas que se señalen a funcionarios y empleados públicos cometidas en el ejercicio de su cargo, a efecto de que se inicie el respectivo procedimiento disciplinario. En particular de aquellos casos en que funcionarios o empleados públicos obstaculicen el ejercicio de funciones o facultades de la CICIG, sin perjuicio de promover persecución penal cuando sea pertinente.
2. Actuar como tercero interesado en los procedimientos administrativos disciplinarios.

La atribución de actuar como tercero interesado le permitiría en todas las diferentes fases del procedimiento administrativo hasta obtener su ejecución.

Según la página web de la CICIG, no se determina el uso de esta facultad, más que la señalada anteriormente con motivo del informe “JUECES DE LA IMPUNIDAD”, pero como se indicó, en este caso, lo que realmente provocó es persecución penal, ya que con base en el mismo se iniciaron diligencias de antejuicio en contra de cada uno de los señalados.

a) Funciones políticas:

Aunque en el acuerdo de establecimiento de la CICIG, no se mencionan con este nombre, por su naturaleza las definimos como tales. En esta materia sus funciones son:

- 1) Recomendar al Estado la adopción de políticas públicas para erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo las reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin.

Esta función, según se observa, contiene elementos técnicos, pero se cumple mediante la incidencia y el cabildeo con los órganos políticos del Estado, Presidente de la República, Vicepresidente, Presidente del Congreso de la República, Jefes de Bancada del Congreso de la República; el éxito de esta función

implica un acercamiento o contacto directo, frecuente e incluso como todo acto político negociado con los actores.

El primer comisionado de la CICIG, Carlos Castresana, realizó varias visitas oficiales a actores coyunturales, las que fueron públicas y conocidas por la población, aunque algunas fueron en privado.¹³² Cuando esto ocurrió, se generó desconfianza, respecto a qué asuntos fueron tratados. Sobre todo, la reunión sostenida el Presidente de la República en días recientes al asesinato del abogado Rodrigo Rosenberg Marzano,¹³³ porque una de las supuestas líneas de investigación para resolver el caso, era el mismo Álvaro Colóm Caballeros, la primera dama Sandra Torres Casanova y otros funcionarios importantes del Estado. Empero, al final de la investigación se les exoneró del cargo atribuido.¹³⁴ Esta falta de transparencia y publicidad de las actuaciones de la CICIG es señalada por Hudson Andrew y Alexandra W. Taylor; como un factor que puede causar efectos negativos en las actividades que desarrolla.¹³⁵ La página web implementada puede tener esta función, acercar a cualquier persona a las actividades propias de la CICIG, la que debe actualizarse día a día.

Puede verse como un aporte de mucha importancia, la implementación de un paquete de leyes para hacer eficiente el sistema penal que incluía,¹³⁶ reformas a: Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad, ley en materia de antejuicio, incidentes del código procesal penal, declaración por medios audiovisuales, cambio de identidad y reubicación de testigos, reformas a la figura del colaborador eficaz, delito de tráfico ilícito de armas y municiones. De éstas, las primeras dos siguen pendientes de aprobación por parte del Congreso; las restantes se consideran cumplidas por medio de los decretos 15-2009 Ley de armas y municiones, decreto 17-2007 Ley de fortalecimiento a la persecución penal y decreto 18-2010, reformas al código procesal penal.

Del segundo paquete presentado, que incluía: Ley de competencia penal para delitos de mayor riesgo, ley de extinción de dominio, paquete anticorrupción, la carrera fiscal, reformas al delito de trata de personas, la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes, el paquete disciplinario de la Policía Na-

132 Disponible en World Wide Web: <http://noticias.com.gt/nacionales/20091210-presidente-colom-y-la-onu-reiteran-su-respaldo-a-la-cicig.html>

133 Disponible en World Wide Web: <http://www.diariodigital.com.do/articulo,40675,html>

134 Disponible en World Wide Web: <http://www.s21.com.gt/node/484>

135 Op. Cit. Hudson Andrew y Alexandra W. Taylor.

136 Disponible en World Wide Web: http://cicig.org/uploads/documents/reforma_institucional/23_estado_reformas_2011-01-27_filminas.pdf

cional Civil, Ministerio Público y Organismo Judicial y ley sobre cooperación internacional en material penal, se consideran cumplidas solamente las primeras tres, mediante la aprobación de los decretos 21-2009 y 35-2009, Ley de competencia penal en delitos de mayor riesgo y reforma posterior; Ley de extinción de dominio mediante decreto 55-2010 y Ley contra la corrupción, que contiene reformas al Código Penal, mediante decreto 31-2012, todos del Congreso de la República.

En la Ley contra la corrupción se consideran algunos de los delitos propuestos por la Convención Interamericana contra la Corrupción, como los delitos de Enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, obstaculización a la acción penal, etcétera. Este segundo paquete de reformas institucionales y legales, promovidas por la CICIG, fueron perdiendo fuerza y la temática se ha ido enfriando, en parte se debe a falta de acciones políticas para gestionarlas con los actores, pero tal como hemos expresado, su promoción genera cierto conflicto de interés. Quienes representan el ejecutivo, solamente les interesaba en este periodo que CICIG preparara su salida e hiciera transferencia de capacidades.

En la coyuntura actual, luego de conocerse varios casos de corrupción, en distintos órganos de estado, ejecutivo, legislativo y especialmente el judicial, que derivo del caso “la línea” y el caso denominado “bufete de la impunidad” que involucra directamente al secretario privado de la vicepresidenta Roxana Baldetti, diputados, una juez y otros funcionarios públicos, se dio lugar a la renuncia de la vicepresidenta de la república, la promoción de un antejuiicio en contra del presidente de la república, persecución penal en contra de muchas personas particulares y del sector oficial, se reactiva el interés por las leyes institucionales del Organismo Judicial y del Ministerio Público, las que nuevamente entran a la discusión política.

Mediante un fallo de la Corte de Constitucionalidad se declaró la inconstitucionalidad¹³⁷ del artículo 27 de la ley de fortalecimiento a la persecución penal,¹³⁸ que era parte del primer paquete de propuestas de reformas legales de la CICIG. Esto demuestra el conflicto de interés entre quien propone la emisión de políticas públicas que se traducen en leyes quién a su vez pue-

137 Expediente No. 1994-2009 de fecha 16 de febrero de 2011. Corte de Constitucionalidad.

138 Decreto 17-2009. Ley del fortalecimiento de la persecución penal. “Artículo 27. **Inconmutabilidad de la pena.** Cuando la pena de prisión a imponerse, de acuerdo a las disposiciones de las leyes que se reforman y la presente, sea inconmutable, no procederá medida sustitutiva alguna.”

de ser un litigante coadyuvante en la acción penal que busca ganar los casos que promueve.¹³⁹

Otra de las propuestas hechas públicas por el Comisionado Carlos Castresana Fernández, incluía hacer enmiendas a la Constitución Política, para ampliar el horario para realizar allanamientos y el horario para la presentación de detenidos ante juez competente, bajo el argumento de contar con mecanismos efectivos para la persecución penal. Situación que de haberse atendido, vendría en menoscabo del ciudadano guatemalteco, respecto de sus libertades fundamentales.

No dudamos que las reformas a la Constitución, pudiera tener buena intención, es preocupante el uso de herramientas en manos equivocadas porque puede ser peligroso, como reiteradamente aconteció durante el conflicto armado interno vivido en Guatemala. Cada vez que se le amplían facultades a los órganos del Estado frente al ciudadano, vienen a la mente los recuerdos de esos graves abusos. Nuestra experiencia obligó a establecer dentro del marco constitucional que los detenidos deben ser presentados ante juez competente dentro del plazo de seis horas y no pueden quedar sujetos a ninguna otra autoridad y los allanamientos solamente pueden hacerse dentro de las seis y las dieciocho horas.

No obstante es muy importante la emisión de leyes, el objetivo esencial tras esto, es que deben servir para erradicar los CISACS y prevenir su reaparición, esto significaría que se han logrado dismantelar y que dejaron de existir. No podemos de dejar de tener muchísimas dudas al respecto.

a) Funciones de asesoría técnica: (fortalecimiento de instituciones)

La CICIG, para hacer sus funciones antes descritas, debe trabajar conjuntamente con instituciones del Estado que tienen a su cargo la investigación y persecución penal; esto le permite tener un contacto directo con estos actores, además con ellos debe coordinar acciones y hacerlo funcional. Este acercamiento debe orientarse a que se emulen las buenas prácticas e imprimir conductas a seguir, de tal cuenta que se afinen los mecanismos existentes. Se tiene la gran ventaja que la ONU, puede contratar a personal de alto nivel profesional y de mayor experiencia, lo cual implica un beneficio para hacer más eficientes a las instituciones del país,¹⁴⁰ en tanto se cumpla con un estándar óptimo de selección y contratación del personal.

139 Disponible en World Wide Web: http://www.prensalibre.com/noticias/Deroga-articulo-ley-persecucion_0_428957135.html

140 Artículo 4.2.b) del Acuerdo de establecimiento de la CICIG.

Específicamente en cuanto a esta área tiene asignado:

1. Asesorar técnicamente al Ministerio Público y Policía Nacional Civil, para hacer efectiva la investigación y la persecución penal.
2. Asesorar técnicamente al Ministro de Gobernación, Director General de la Policía Nacional Civil, Fiscal General de la República en relación a sus órganos disciplinarios: Inspectoría General, Oficina de Responsabilidad Profesional y a la Supervisión del Ministerio Público, para la implementación de procedimientos administrativos a que haya lugar respecto de funcionarios presuntamente vinculados a los CISACS.
3. Asesorar al Ministerio Público o al Director de la Oficina de Protección de sujetos procesales respecto a la adopción de medidas pertinentes.

Estas funciones técnicas, de hecho, le dan cierta superioridad a la CICIG frente a los demás órganos e instituciones estatales, puesto que la asesoría técnica incluye el paradigma de que, ellos hacen las cosas mejor, saben más, lo cual implicaría en algunos casos posible conflicto de interés en su calidad de litigante coadyuvante en la persecución penal y/o tercero interesado en procedimientos administrativos. Esta situación puede trascender y afectar el principio de objetividad que Ministerio Público y por ende de la Policía Nacional Civil quienes tienen la obligación de cumplir por mandato constitucional, que le impone velar por el estricto cumplimiento de la ley, lo que incluye ser objetivo en el ejercicio de sus funciones¹⁴¹ e incluso, cuando corresponda, debe pedir o recurrir en favor de los acusados.¹⁴²

En este tema, la CICIG, ha apoyado al Programa de Protección en la creación de reglamentos, protocolos, modelos para buenas prácticas y estrategias operativas. Con el objetivo del fortalecimiento se ha gestionado apoyo financiero y de capacitación al personal de protección por parte de expertos de la División de Seguridad al Testigo del Cuerpo de Alguaciles (“U.S. Marshalls, “Witness Security División”) del departamento de justicia de los Estados Unidos.¹⁴³

a) Función de solicitar apoyo para proveer seguridad del Estado.

Esta función o actividad la recogemos de lo establecido en el artículo 3.1. i) del Acuerdo de implementación de la CICIG, en el cual se establece:

141 Artículo 252. Constitución Política de la República de Guatemala.

142 Artículo 108, 290 y 398 del Código Procesal Penal.

143 Disponible en World Wide Web: <http://www.cicig.org/uploads/documents/2011/COM-052-20111005-DOC01-ES.pdf>

1. Solicitar al Ministerio Público y al Ministerio de Gobernación, la adopción de medidas necesarias para garantizar la seguridad de testigos, víctimas y todos aquellos que colaboren en la investigación. Además tiene la facultad de monitorear la implementación y cumplimiento de dichas medidas.

Esta función de realizarse, se supone que no debe ser pública, se refiere a que casos concretos se necesita la protección para órganos de prueba o sujetos procesales, la puede requerir directamente al Ministerio Público y al Ministerio de Gobernación.

Funciones administrativas propias:

A partir de que el Comisionado de la CICIG, es nombrado por el Secretario General de la ONU, asume toda la responsabilidad del funcionamiento de la comisión, le corresponde el nombramiento de un secretario –que necesariamente debe ser un funcionario internacional– y demás personal nacional e internacional que se harán cargo de cumplir el mandato.¹⁴⁴

Es el comisionado quien asume la representación legal de la CICIG, calidad que se acredita con la resolución del Secretario General de Naciones Unidas en donde es nombrado; no requiere ninguna inscripción en registros públicos; su capacidad legal en Guatemala la tiene a partir del 4 de septiembre del 2007 cuando entró en vigor el acuerdo. Expresamente, en dicho acuerdo, se le han conferido facultades de:

- a) Celebrar contratos.
- b) Adquirir y enajenar bienes e inmuebles;
- c) Iniciar procedimientos judiciales.
- d) Cualquier otra acción autorizada por la legislación guatemalteca para la realización de sus actividades y el cumplimiento de sus objetivos.

Sin embargo, todos los conflictos que puedan surgir con motivo de su establecimiento en el país, debe hacerlos conforme a la legislación nacional. Para tal efecto esta dotado de personalidad jurídica. Se entenderá, en cuanto a su intervención en procedimientos judiciales o administrativos, que cuenta con aquellas facultades que requiere de cláusulas especiales que deben ser otorgadas a todo mandatario judicial, ya que de lo contrario se le limitaría efectividad, para su organización y funcionamiento.¹⁴⁵

Encontramos que está facultada para:

144 Artículo 5. del acuerdo del establecimiento de la CICIG.

145 Artículo 190. Facultades. Ley del Organismo Judicial.

1. Seleccionar y supervisar al equipo de investigación integrado por profesionales nacionales y extranjeros de probada competencia e integridad moral y personal administrativo para cumplir sus tareas.
2. Tomar todas aquellas medidas que estime convenientes para la consecución de su mandato de conformidad al ordenamiento jurídico constitucional guatemalteco.
3. Publicar informes generales y temáticos sobre sus actividades y los resultados, incluyendo recomendaciones de conformidad a su mandato.

En cuanto a la facultad elegir a su personal nacional o extranjero, se ha apoyado en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) como intermediario para hacer la contratación, este tipo de contrato deja al personal en una situación de incertidumbre, por una parte no trabajan para la ONU, sino para la CICIG, pero ella no los contrata ni asume obligaciones para con ellos.

Una situación que implica desigualdad laboral frente al funcionario nacional, lo es, que en el acuerdo se otorga exención de impuestos para los trabajadores internacionales, sumado a que emolumento es mayor al del trabajador local; esta última situación se justifica, en consideración a los gastos de transporte e instalación en el país; adicionalmente todo el personal internacional tiene inmunidades y privilegios que les da la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 y las que establece el artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

De conformidad al acuerdo, los funcionarios y demás trabajadores de la CICIG disfrutarán de: a) inviolabilidad personal, con inclusión de inmunidad de arresto o detención, b) inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa de conformidad a la Convención de Viena; c) Inviolabilidad de cualesquiera papeles y documentos; d) Exención de disposiciones que restrinjan la inmigración y otros registros extranjeros; e) Las mismas inmunidades y facilidades respecto de su equipaje propio o personal que la Convención de Viena concede a los agentes diplomáticos; y f) Exención de impuestos en Guatemala sobre su salario, emolumentos y prestaciones.¹⁴⁶ Estos privilegios especiales de “diplomáticos”, no los tiene el trabajador local de la CICIG por el hecho de ser nacional, lo cual los hace vulnerables de ataques personales en el ejercicio de sus funciones.

Esta coraza legal o inmunidad, para los trabajadores extranjeros de la CICIG, les da una especie de superioridad frente a cualquier funcionario del Estado, situación que trasluce cuando aparece como litigante en algún caso con-

146 Artículo 10. Acuerdo de establecimiento de la CICIG.

creto, lo cual demanda alta responsabilidad al ejercer funciones para no incurrir en abuso de poder. Muy fácilmente la inmunidad puede transformarse en impunidad.

El trabajador nacional de la CICIG, queda totalmente a la deriva, aún cuando el trabajo que puedan realizar sea el mismo o de mayor entrega y calidad, están en inferioridad de condiciones no obstante su situación es mucho más riesgosa por tener a su familia en el país y porque al terminar el mandato de la CICIG, su trabajo y vida debe continuarlos como cualquier ciudadano común.

Este conjunto de privilegios que se confieren al personal de la CICIG, es, incluso, mayor al que tienen los funcionarios del gobierno, empezando por el mismo Fiscal General de la República que únicamente goza del derecho de antejuicio. Pero aún con este, tratándose de delito flagrante puede ser detenido y puesto a disposición del Congreso de la República o comisión permanente para eventualmente ser sujeto pasivo de un proceso penal, procesado y encarcelado. Pero en el caso de los otros fiscales, de distrito, jefes de sección, fiscal metropolitano, agentes fiscales, auxiliares fiscales, estos ni siquiera gozan del derecho de antejuicio. De tal cuenta que hay evidentemente protección especial para el personal extranjero, mientras que el nacional de la CICIG esta en una situación de mucha desventaja. Esta situación ha sido advertida y bastante señalada,¹⁴⁷ el tiempo pasa pero la situación no ha cambiado.

Localmente no es posible investigar ni perseguir penalmente al personal de la CICIG, ni siquiera frente a delitos flagrantes, menos aún al comisionado; respecto al trabajo mal efectuado, por dolo o negligencia, frente a terceros, no existen mecanismos para deducirles responsabilidad, si siquiera para lograr el pago de daños y perjuicios, no existe cómo deducirles ningún tipo de responsabilidad penal, civil, laboral o administrativa.

En muchos casos se intentó promover acciones de amparo en contra de la CICIG,¹⁴⁸ especialmente cuando ésta presentó informes relativos al proceso de designación de Magistrados de las Salas de Apelaciones y Corte Suprema de Justicia,¹⁴⁹ señalando a algunos en particular como no idóneos.¹⁵⁰ En estos casos se resolvió por parte de la Corte de Constitucionalidad denegar el

147 Op. Cit. Hudson Andrew y Alexandra W. Taylor.

148 Expediente No. 3720-2009. Of. 6°. y Expediente No. 3726-2009 Of. 1. Ambas resoluciones de fecha 5 de octubre del 2009. Corte de Constitucionalidad.

149 Disponible en World Wide Web: http://cicig.org/uploads/documents/Informe_proceso_de_eleccion_de_magistrados_2009.pdf

150 Expediente No. 3720-2009. Of. 6°. y Expediente No. 3726-2009 Of. 1. Ambas resoluciones de fecha 5 de octubre del 2009. Corte de Constitucionalidad.

tramite basándose en el artículo 10.2.b) del Acuerdo de establecimiento de la CICIG, que se refiere a sus prerrogativas. Se intentó denunciar ante la Oficina de Servicios de Supervisión Interna de la ONU¹⁵¹ actos señalados como anómalos o arbitrarios realizados por el personal de la CICIG, pero tampoco ha tenido eco, puesto que el acuerdo de establecimiento CICIG, es claro que, dicha entidad y el personal no pertenece a la ONU.¹⁵² Incluso el Comisionado Francisco Dall'Anese se negó a comparecer ante una oficina del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, en donde fue citado para comparecer frente a una demanda administrativa de despido directo injustificado, el cual es presentado por 2 abogadas, una de ellas aduce que fue despedida de manera ilegal mientras estaba de vacaciones y en estado de gravidez.¹⁵³

En cuanto a la supervisión del equipo de investigación, debe entenderse que se trata del equipo de trabajo que labora en la CICIG, sea nacional o extranjero y no del equipo que pertenece a la fiscalía especial de apoyo a la CICIG, la cual fue creada según el artículo 6.2.a) del Acuerdo de Establecimiento y de según el acuerdo de cooperación suscrito el 27 de febrero del 2008.¹⁵⁴ En dicho acuerdo el Ministerio Público asume muchas obligaciones frente a la CICIG, como proporcionar personal, entregar información, atender solicitudes de colaboración y/o apoyo entre otras. Sin embargo, debe tenerse claro, que la Fiscalía Especial debe trabajar de manera autónoma, en algunos asuntos coordinando con los coadyuvantes.

Respecto a los informes temáticos publicados, podríamos mencionar al día de hoy que únicamente han sido presentados 4, relativos a: Tránsito de armas de fuego, sobre el proceso de elección de magistrados del año 2009 para Salas de Apelaciones, Corte Suprema de Justicia y de Corte de Constitucionalidad, sobre adopciones ilegales y sobre los perfiles para el proceso de elección de funcionarios, según aparece publicado en la página oficial de la comisión.¹⁵⁵ Aparte de los informes temáticos, existen informes de labores para cada año de trabajo, al día hoy encontramos el informe de séptimo año.

151 Disponible en World Wide Web: <http://www.elfaro.net/es/201011/noticias/3021/>

152 Último considerando acuerdo de establecimiento de la CICIG, *“no siendo un órgano de Naciones Unidas, sino que funcionará solamente de conformidad con los términos del acuerdo.”*

153 Disponible en World Wide Web: http://www.prensalibre.com/edicion_impresa/PDF_21122011_PREFIL20111221_0001.pdf Pag. 12.

154 Disponible en World Wide Web: <http://cicig.org/uploads/documents/convenios/mp-cicig.pdf>

155 Disponible en World Wide Web: http://www.cicig.org/index.php?page=informes_tematicos

a) Funciones de obtención de colaboración y coordinación:

El acuerdo de establecimiento le da facultades a la CICIG, para suscribir acuerdos de cooperación con cualquier entidad, nacional o internacional, durante la vigencia de su mandato. Respecto de esta función ha realizado varios convenios: El primero realizado por el Comisionado Carlos Castresana Fernández, fue con el Ministerio Público para la creación de una fiscalía especial, se realizó con fecha 27 de febrero del 2008, por medio de este se creó la Unidad Especial de Fiscalía Adscrita a la CICIG (UEFAC) que luego se transformó en la Fiscalía Especial Contra la Impunidad (CEFI); el 6 de marzo 2008 se firmo otro con Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente, (SOSEP), Defensoría de la Mujer Indígena, (DEMI) Secretaría Presidencial de la Mujer, (SEPREM) en el mismo mes, se realizo otro con el Ministerio de Gobernación (MG) el 25 de marzo del 2008; con la con la Superintendencia de la Administración Tributaria, (SAT) el 2 de julio del 2008; con el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, (UNICEF) el 13 de febrero del 2009; con el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la mujer, (UNIFEM) el 19 de noviembre del 2009; el último firmado por el primer comisionado fue con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) el 27 de abril del 2010; Los convenios suscritos por Francisco Dall’Anese, son tres: Con la Contraloría General de Cuentas (CGC) el 7 de octubre del 2011, con la Superintendencia de Bancos (SIB) el 4 de noviembre del 2011 y con el Registro General de la Propiedad (RGP) y Ministerio Público el 21 de agosto del 2013. Todos estos convenios tienen por objetivo desarrollar las funciones que le corresponden; sin embargo, algunos de los convenios suscritos no representan ninguna utilidad de acuerdo a su mandato.

b) Elaboración de informes temáticos:

Esta facultad conforme a lo establecido en el artículo 3.1.1) del Acuerdo CICIG, se refiere a estudios generales y temáticos, de acuerdo a sus actividades y resultados. Conforme a su página web,¹⁵⁶ encontramos informes de labores. Los primeros los elabora por año, el primer informe de labores denominado “un año después”, se refiere a la instalación de la comisión en el país. En el segundo año tiene 3, el primero denominado “un compromiso con la justicia”, el segundo es el mismo en versión ejecutiva y el tercero es una versión presentada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Washington en el mes de noviembre del 2009. Sigue el informe del tercer año de labores e informe ejecutivo, el informe del cuarto año de labores con informe ejecutivo, el informe del quinto año de labores y el séptimos sin versión ejecutiva.

156 Disponible en World Wide Web: <http://www.cicig.org/index.php?page=informe>

En cuanto a informes temáticos,¹⁵⁷ encontramos:

Dentro del tema de Tránsito de Armas de Fuego, el informe: “Armas de Fuego y Municiones en Guatemala – Mercado legal y tráfico ilícito”.

En el tema de Proceso de Elección de Magistrados encontramos:

Informe sobre el proceso de elección de magistrados del 2009 y un informe ejecutivo con anexos. En su introducción encontramos: “La CICIG se involucró institucionalmente en el seguimiento del proceso de Elección de Magistrados, por razones que se vinculan directamente con su Mandato, definido en el citado Acuerdo constitutivo: La CICIG ha actuado por lo tanto en uso de su obligación de colaborar con el Estado en la desarticulación de los aparatos clandestinos de seguridad y cuerpos ilegales de seguridad, así como de recomendar al Estado la adopción de políticas públicas para erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, ...”¹⁵⁸ Refiere, su interés en buscar justicia imparcial e independiente. De ahí que considera que este procedimiento puede ser permeado por CI-SACS, con la clara intención de lograr impunidad.

Luego con el nombre de “información” se presentan recopilaciones de información sobre candidatos a Magistrados a la Corte de Constitucionalidad, a ser electos por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, del Congreso de la República de Guatemala, de la Corte Suprema de Justicia y por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Con el tema de Adopciones, se presenta el informe: “Actores involucrados en el proceso de adopciones en Guatemala”.

Con el título de procesos de elección de autoridades, se presenta información sobre el proceso de elección del Secretario de la Secretaría Nacional de Administración de Bienes de Extinción de dominio.

Se presenta un informe con ocasión de la elección del Procurador de los Derechos Humanos, ante la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República de Guatemala. Y por último, un informe con ocasión de la elección de Fiscal General y Jefe del Ministerio Público.

Durante el periodo de Carlos Castresana Fernández, se elaboró un informe respecto a la elección de Fiscal General y Jefe del Ministerio Público; en el

157 Disponible en World Wide Web: http://www.cicig.org/index.php?page=informes_tematicos

158 Disponible en World Wide Web: http://www.cicig.org/uploads/documents/informes/INFOR-TEMA_DOC02_20091101_ES.pdf

cual se refirió al procedimiento y señaló a algunas personas de no idóneas; sin embargo, el nombramiento dio lugar a una conferencia de prensa, en donde públicamente presentó su renuncia y manifestó que el Fiscal General recién nombrado Conrado Reyes, “tiene un historial de corrupción y de vínculos con organizaciones ilícitas”. Pidió públicamente al Presidente de la República Álvaro Colom su destitución.¹⁵⁹ Fue la Corte de Constitucionalidad quién al resolver un amparo dejó sin efecto el nombramiento del Fiscal General.¹⁶⁰ El nombramiento posteriormente recayó en la Doctora Claudia Paz y Paz.¹⁶¹

El segundo de los informes relacionados al procedimiento de elección de magistrados realizado en el 2009, para la elección de Magistrados de Salas de Apelaciones y de Corte Suprema de Justicia, generó mucha polémica entre los profesionales que se vieron señalados en el mismo. En el actual proceso de comisiones de postulación, del 2014 la CICIG ha expresado preocupación porque a su juicio existen operadores que buscan llevar a ciertas personas como magistrados de Salas de Apelaciones y de Corte Suprema de Justicia. Han señalado a personas en concreto a quienes no consideran idóneas e incluso han manifestado que respecto de estas personas que presentarán las denuncias que corresponde por la comisión de delitos. Requiere que se suspenda el procedimiento y que se enmiende, sin embargo esto ha sido ignorado por los postuladores. Refiere que el proceso ha sido muy cuestionado mediante acciones judiciales y que no se ha cumplido con lo estipulado por la Corte de Constitucionalidad.

Uno de los informes muy polémicos presentados por la CICIG fue el informe denominado “Jueces de la Impunidad”, que incluso en la página web de la comisión no aparece entre los informes, se encontraba en un anuncio o comunicado de prensa,¹⁶² de ahí aparecía el vínculo para ingresar al mismo; sin embargo, actualmente no se encuentra en este lugar. En el mismo se cuestiona a 18 jueces a quienes se les señala en principio del delito de prevaricato, porque dictaron fallos contrarios a la ley, pero también se les señala de que violaron la ley y favorecieron redes criminales. Este informe fue avalado por Francisco Dall’Anese. La asociación de jueces y magistrados pidió su

159 Disponible en World Wide Web: <http://noticias.com.gt/nacionales/20100607-renuncia-carlos-castresana-jefe-de-la-cicig.html>

160 Disponible en World Wide Web: <http://www.elmundo.es/america/2010/06/11/noticias/1276226309.html>

161 Disponible en World Wide Web: http://www.prensalibre.com/noticias/justicia/Presidente-Colom-Claudia-Fiscal-General_0_386961564.html

162 Disponible en World Wide Web: <http://www.cicig.org/index.php?mact=News,cntnt01,detail,0&cntnt01articleid=306&cntnt01returnid=534>

renuncia, luego de varios conflictos que derivaron de este informe y otros señalamientos,¹⁶³ el comisionado renunció. Respecto de este mismo informe, el tercer comisionado manifestó que estos informes se basaron en rumores, en informaciones no verificadas o de difícil verificación, que no tienen sustento en pruebas reales.¹⁶⁴ Posteriormente, desmintió esta última versión dada, indicando que no se refería a dicho informe.¹⁶⁵

No cabe duda que la elaboración de informes para los comisionados es una de las funciones que siempre provocó polémica, especialmente aquellos en donde se fue específico señalando a personas en particular. Aun esperamos el informe respecto a los CISACS.

Conclusiones

1. El fenómeno de la impunidad, hay que combatirlo desde adentro; pero considerando que su organización, estructura y efectos ha rebasado el ámbito nacional, sus tentáculos llegan a niveles multinacionales. De ahí que las estrategias para enfrentarlo, deben ser dentro del marco de la ley, desde lo endógeno a lo exógeno y viceversa, nacional e internacional.
2. La propuesta CICIG, es innovadora, puede resultar eficaz, fiable, versátil y contundente frente a los Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad. (CISACS)
3. La CICIG es un nuevo modelo de institución de derecho penal internacional, que surge a partir de la violación de los derechos humanos y en contra de la impunidad.
4. En comparación con otros modelos de cooperación internacional, la CICIG es menos invasivo al sistema jurídico interno, ya que su actuación se rige por la legislación interna e internacional aplicable en el país en donde ejerce sus funciones.
5. El modelo CICIG puede ser efectivo respecto a una clase de criminalidad organizada, aquella que se encuentra incrustada o con vínculos dentro del aparato estatal y/o que le brindan impunidad, que se implementa

163 Disponible en World Wide Web: <http://www.todanoticia.com/28671/guatemala-jueces-piden-renuncia-jefe/>

164 Disponible en World Wide Web: http://www.prensalibre.com/noticias/justicia/Cicig-Ivan_Velasquez-informe-jueces_de_la_impunidad-rumores_0_100909241.html

165 Disponible en World Wide Web: <http://reportajede.com/2013/10/comisionado-de-cicig-aclara-que-respalda-al-informe-jueces-de-la-impunidad/>

- cuando los mecanismos domésticos se encuentran debilitados y resultan ineficaces para promover su investigación, persecución y sanción penal.
6. La fiscalía internacionalizada CICIG, tiene capacidad de actuar frente a los CISACS o problemática similar, en cuanto existan obstáculos para actuar con libertad e independencia en la investigación y persecución penal de delitos graves, pero en todo caso su necesario complemento es una jurisdicción independiente e imparcial.
 7. A partir del apoyo de la comisión, el MP y la PNC han logrado fortalecer sus capacidades investigativas y de persecución penal; han implementado en parte los métodos especiales para enfrentar criminalidad organizada, lo cual redundo en ser más eficientes en sus funciones frente a este tipo de fenómeno.
 8. Sin necesidad de hacer reformas al Acuerdo relativo a la creación de la CICIG, por estar previsto en la legislación ordinaria en Guatemala, ésta tiene la posibilidad de actuar mediante el Procedimiento Especial de Averiguación, potenciando así el ámbito de sus funciones.
 9. La CICIG se sostiene financieramente con la cooperación internacional y el Estado de Guatemala no aporta ningún centavo en su funcionamiento, de ahí que las personas que asumen el gobierno y que realmente les interese acabar con los CISACS, moralmente están obligados a prorrogar su mandato las veces que sea necesario.
 10. La interpretación del ámbito de competencia de la CICIG frente a los CISACS se debe partir de las características del sujeto pasivo y del activo, el móvil, el bien jurídico vulnerado, el elemento subjetivo o dolo específico, su impacto en las víctimas en particular y efectos generales del delito en los derechos civiles y políticos.
 11. El sujeto activo que actúa dentro de la CISACS, pertenece a una estructura, no actúa a título personal, puede determinarse en su actuar un dolo inmediato, sabiéndolo o no, actúa satisfaciendo un dolo mediato general, dentro de un plan común. Tiene altas expectativas de impunidad por los actos que realiza o por lo menos tiene la esperanza de consecuencias jurídicas mínimas.
 12. Para caracterizar a los CISACS, no basta el análisis jurídico, debe ampliarse a un estudio económico, social, político, ideológico y antropológico.
 13. Debe verificarse las acciones de los aparatos estatales y el momento en que estos rebasan el ejercicio de sus funciones, sabiéndolo o no pueden actuar al servicio de los intereses de los CISACS.
 14. El ciudadano común, en principio, al visualizar a la CICIG, centró su atención en el Comisionado Carlos Castresana Fernández, por su protagonis-

mo en conferencias de prensa, hizo litigio mediático, favoreciendo sus causas, de ahí que la evaluación social de la existencia, funciones y efectividad de la CICIG, se centró mucho en su persona. Esto a su vez hizo vulnerable a la CICIG.

15. Informar a la opinión pública y transparentar sus acciones por parte de la CICIG es muy importante, para una institución de esta envergadura; sin embargo, debió hacerse mediante personeros que solamente asumieran esta función y permanentemente por medio de su portal electrónico.
16. El segundo y tercer comisionado asumieron con bajo perfil; es conveniente para no debilitar la institucionalidad local, ya que el verdadero protagonismo lo deben tener las entidades oficiales estatales, como ahora eventualmente ocurre.
17. El tercer comisionado Velásquez Gómez mantiene un bajo perfil, la institución que representa sigue con poco protagonismo, aunque el apoyo se mantiene a las unidades de investigación del Ministerio Público, esto realmente favorece la institucionalidad fiscal.
18. El comisionado Vásquez Gómez, consideró no adecuada la actuación de sus antecesores en la emisión del informe “Los jueces de la impunidad” lo cual es negativo para esta institución ya que pierde credibilidad.
19. Al ingreso del tercer comisionado, públicamente el Presidente y Vicepresidenta de la República, interfiriendo en sus funciones le piden: “Que terminara los procesos ya iniciados y preparara su salida, se dedicara a transferir capacidades”. Y más tarde que: “Investigara aduanas y el financiamiento de los partidos políticos.”
20. Al señalarle al comisionado de la CICIG, el Presidente y Vicepresidenta, actividades a realizar, se infiere que no les interesaba el trabajo de la CICIG, ni investigación y persecución penal de los CISACS.
21. La organización de una fiscalía internacionalizada, puede asumirse por un comisionado, pero debe existir un ente colegiado internacional, con plenas facultades para asumir correctivos e incluso para separar del cargo al comisionado, no necesariamente debe ser un órgano permanente, puede integrarse al ser convocado, cuando existan quejas fundadas de mal desempeño o problemas a lo interno o externo.
22. El ente colegiado internacional –Consejo– superior jerárquico del comisionado, debe apoyarse con personal, *in situ* que periódicamente evalúe y fiscalice sus funciones, rindiendo informes, esto evitaría el abuso de poder; ya que, la inmunidad con que se inviste al personal puede transformarse fácilmente en impunidad. Estos mecanismos permanentes de supervisión y disciplinarios deben contribuir a la excelencia profesional de todo el personal, nacional e internacional.

23. El comisionado debe actuar bajo una estructura de secretarías ejecutivas, las que sean necesarias, de acuerdo a las distintas funciones de su mandato, a efecto tenga distintos rostros, puedan diferenciarse sus distintas y complejas actividades. Esto evitaría manejar conflictos de interés entre las acciones técnicas y políticas, de las meramente operativas que se realizan dentro de la función de la abogacía ante el foro, como coadyuvante en la investigación y en la persecución penal o al deducir responsabilidad disciplinaria administrativa.
24. Se debe atender con las salvaguardas adecuadas al personal nacional de la CICIG para no menoscabar sus derechos laborales, brindarles reales garantías de estabilidad en el cargo, así como protección personal y familiar a largo plazo.
25. La coordinación con entidades estatales, para proveer su fortalecimiento, debe fundarse en reglas claras, detalladas, que desarrollen sus capacidades, guardando decoro, con pleno respeto a la institucionalidad, para evitar supeditación *iuris* o de *facto*.

Bibliografía

- Amnistía Internacional, *Manual de juicios justos*.
- Batres Jauregui, Antonio, citado por David Vela. “Vida, Pasión y Muerte de los Códigos de Livingston”, en Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Justicia Penal y Sociedad, Año 1, No. 0, 1991.
- Calderón Paz, Carlos Abraham, *El encarcelamiento preventivo en Guatemala*, Editorial Oscar de León Palacios, Guatemala, 2006.
- Castresana Fernández, Carlos, “La CICIG, Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala”, en Revista Jueces para la Democracia, Madrid.
- Democracia y Justicia Social. Una lectura latinoamericana*, II Conferencia internacional, Secretaría de la Paz, Presidencia de la República, Guatemala, mayo 2011.
- Donovan, Megan K., “The international commission against impunity in Guatemala: Will accountability prevail?”, en Arizona Journal of International and Comparative Law.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta
- Günter Jakobs, *Derecho Penal del Enemigo*.
- Granowsky, Simón y Larsen, *LA CICISACS. Defensores de Derechos Humanos y el Estado de Derecho en la Pos-guerra*, GAM, Guatemala.
- Griffith, William J., *El Gobierno de Marino Gálvez. Historia General de Guatemala. Tomo IV, Asociación Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo*, Guatemala, 1995.
- Goldman, Francisco, *El arte del asesinato político. ¿Quién mató al obispo?*, Editorial Anagrama, Barcelona, 2009.
- Huitz Enriquez, Erick Rolando, *El Estado de Guatemala y la CICIG*, S.E., Guatemala, 2009.

Hudson Andrew y Alexandra W. Taylor, "The International Commission against Impunity in Guatemala. A New Model for International Criminal Justice", en *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2010.

Informe de Verificación MINUGUA. Estado de cumplimiento de las recomendaciones para el Esclarecimiento Histórico.

Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico.

Informe CICISACS, Sistematización de un proceso. SEDEM. Guatemala, 2004.

Luján Muñoz, Jorge, *Del derecho colonial al derecho nacional: El caso de Guatemala*, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano, Puerto Rico, 21-25 de mayo de 2000.

Olásolo, Héctor, durante la lección Inaugural de la Cátedra de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht, dictada en el Aula Magna de dicha Universidad el 18 de Octubre de 2010.

Peacock, Susan C. y Adriana Beltrán, *Hidden Powers in post-conflict Guatemala. Illegal Armed Groups and the forces behind them*, Washington Office on Latin America (WOLA), 2003.

Robles Montoya, Jaime, *El poder oculto. Serie de ensayos sobre los poderes ocultos*, Fundación Myrna Mack, Segunda reimpresión, Guatemala, 2006.

Samayoa, Claudia, *El Rostro del Terror. Análisis de los ataques contra defensores de los derechos humanos del 2000 al 2003*.

Serrano Elías, Jorge, *La guayaba tiene dueño. Secuestro del Estado de Guatemala*, Impreso en Guatemala por Quality Group, Panamá, República de Panamá, 2012.

Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, 3ª. Edición. 2da. Reimpresión, Tomo II.

Vervaele, John A. E., *La legislación antiterrorista en Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

DISPONIBLE EN WORLD WIDE WEB:

www.amnesty.org

www.ictr.org

www.sc-sl.org

www.bactun.nableb.org.gt

<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB4/index.html>

http://www.mayaparadise.com/united_fruit_company.htm

<http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap1/chist.html>

<http://www.cacif.org.gt/index.php?ID=7305>

<http://www.congreso.gob.gt/Docs/PAZ/Acuerdo%20de%20Esquipulas%20II.pdf>

<http://www.envio.org.ni/articulo/547>.

<http://www.nodo50.org/espanica/historica.html#revoluci%C3%B3n>

<http://www.ilsa.org/jessup/jessup08/basicmats/icjnicaragua.pdf>
<http://www.lapagina.com.sv/internacionales/48398/2011/03/11/Nicaragua-podria-re-abrir-la-demanda-contra-EEUU-por-la-guerra-sucia-en-los-ochenta>
<http://www.sedem.org.gt/publicaciones/electronicas/cicicacs.pdf>
<http://www.cedecon.org/comunicado002.htm>
<http://jicj.oxfordjournals.org>
<http://www.ajicl.org/AJICL2008/Donovan.pdf>
<http://cgrs.uchastings.edu/pdfs/HiddenPowersFull.pdf>
<http://www.cicig.org>
<http://noticias.emisorasunidas.com>
<http://www.elperiodico.com.gt>
<http://www.prensalibre.com.gt>
<http://noticias.com.gt>
<http://www.diariodigital.com>
<http://www.s21.com.gt>
[http://www.impunitywatch.org/docs/CICIG_Report_\(IW,_ICTJ,_Dutch_Platform\).pdf](http://www.impunitywatch.org/docs/CICIG_Report_(IW,_ICTJ,_Dutch_Platform).pdf)
<http://www.elmundo.es>
<http://www.todanoticia.com>

LA PRUEBA DE INDICIOS. REFLEXIONES A PARTIR DE SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ DE 2004

Por Luis Miguel Reyna Alfaro¹

Sumario: I. Introducción. II. Base legal. III. Elementos de la prueba indiciaria. IV. Los indicios contingentes. V. El indicio de falsa justificación. VI. La valoración de la prueba indiciaria. La trascendencia de la distinción entre indicios débiles e indicios fuertes para la determinación de la probabilidad en la inferencia. VII. Trascendencia de la inferencia y de la motivación del proceso inferencial. Bibliografía.

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 (en especial el Acuerdo Plenario N° 1-2006/CJ- 116).

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”.² 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

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).

2 González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Colombia, p. 191.

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, objetivo".³

II. Base legal

Conforme al artículo 158.3° del CPP que, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina jurisprudencial, debe ser un elemento de referencia en la aplicación de la ley por parte de los operadores de sistema de justicia penal, la acreditación de un hecho mediante prueba indiciaria requiere la concurrencia de los siguientes elementos: (i) que el indicio este probado; (ii) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y, (iii) en caso de indicios contingentes, estos deben ser (a) plurales, (b) concordantes, (c) convergentes, y, (d) que no se presente contraindicios 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.⁴

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

3 Sánchez- Vera Gómez- Trelles, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 197.

4 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.

tengan significación trascendente para el proceso⁵ (a saber, aquellos que determinan la concurrencia de los elementos del tipo penal).⁶

Es de advertir que esta definición, aunque resalta la necesidad de una inferencia que vincule el hecho mediato con el inmediato, no desvirtúa la existencia de un procedimiento inferencial en la prueba directa.⁷

La prueba por indicios tiene tres elementos fundamentales que, examinados metodológica y secuencialmente,⁸ 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.⁹

1. EL INDICIO O HECHO BASE

El *indicio o hecho base*, como exige el mencionado artículo 158.3º, debe encontrarse *probado* de modo indubitable¹⁰. Esto permite sostener que si durante el plenario este no ha podido ser acreditado al nivel de certeza, no podrá

- 5 San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, tomo II, Grijley, Lima, 1999, p. 631; similar: Cubas Villanueva, Víctor, *La prueba indiciaria en la Sentencia a Fujimori*, p. 227; Miranda Estrampes, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista, Lima, 2011, p. 35; Cafferata Nores, José et. Al, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004, p. 338.
- 6 Sánchez- Vera Gómez- Trelles, Javier, Op. Cit., p. 194.
- 7 García Caverro, Percy, *La prueba por indicios en el proceso penal*, Reforma, Lima, 2010, p. 28. De esto se desprende que la diferencia entre prueba directa y prueba indiciaria no puede encontrarse en la ausencia de inferencia en la primera, sino más bien en el número de inferencias entre una y otra; al respecto: gonzález lagier, Daniel. Op. Cit., pp. 93-94.
- 8 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”.
- 9 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*, Palestra, 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.
- 10 Talavera Elguera, Pablo. Op. Cit., p. 138; García Caverro, Percy, Op. Cit., p. 92. De allí que Cubas Villanueva destaque que el hecho indicador o hecho base es “la fuente de prueba” (Cubas Villanueva, Víctor, *La prueba indiciaria en la Sentencia a Fujimori*, p. 227.

ser utilizado para deducir el hecho presumido, pues, como señala San Martín Castro, “La presunción judicial no puede partir de un hecho dudoso”.¹¹

Desde esta perspectiva, consideramos que el indicio debe encontrarse necesariamente probado mediante prueba directa.¹² Postular la posibilidad de una acreditación indiciaria en cadena—¹³ probar indiciariamente un indicio que servirá, a su vez, para probar el hecho delictivo— podría desencadenar un riesgoso curso de debilitación progresiva de la certeza como objetivo del procedimiento probatorio.¹⁴ 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”.¹⁵

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

- 11 San Martín Castro, César, Op. Cit., p. 635.
- 12 Pastor Alcoy, Francisco, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 42.
- 13 En contra: Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer, Trotta, Madrid, 2002, p. 276; García Cavero, Percy, Op. Cit., p. 93.
- 14 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 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 World Wide Web: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a25196804c09b0aca5d1b73aa702a2d1/AV00192001.PDF?MO D=AJPERES&CACHEID=a25196804c09b0aca5d1b73aa702a2d1>.
- 15 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”).

dato indiciario y, por lo tanto, la inferencia que se haga de la misma desnaturaliza la prueba indiciaria”.¹⁶

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”¹⁷.

2. EL HECHO PRESUMIDO, HECHO CONSECUENCIA O CONCLUSIÓN

El *hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión* no es sino el hecho desconocido que se deduce o presume a partir del hecho base. Ahora, como tal, aquél debe desprender del hecho base, siguiendo ciertas reglas de razonamiento (máximas de la experiencia y reglas de la lógica). El hecho presumido, como es evidente, es el constitutivo del delito.

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*¹⁸.

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 experiencia¹⁹.

16 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.

17 Miranda Estrampes, Manuel, Op. Cit., p. 42.

18 Citado por: Miranda Estrampes, Manuel, Op. Cit., p. 53; Similar: García Cavero, Percy, Op. Cit., p. 27.

19 San Martín Castro, César, Op. Cit., p. 638; Miranda Estrampes, Manuel, Op. Cit., p. 35;

Es precisamente esta relación con las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia la que produce el efecto persuasivo sobre el Juez. Si las partes contradicen dichas reglas, la eficacia persuasiva de la *verdad fáctica* propuesta mediante su teoría del caso será sumamente reducida; si, por su parte, el Juez se aparta de dichas reglas, su decisión será percibida como arbitraria²⁰ 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 pruebas²¹.

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 hechos²² que constituyan *causa* o *efecto* del indicio²³. De allí que se afirme que los *indicios contingentes* solo tienen fuerza probatoria en grado de probabilidad²⁴.

Pues bien, el mencionado artículo 158.3° del Código Procesal Penal establece reglas de valoración de los indicios contingentes al referir que aquellos deben ser (i) plurales; (ii) concordantes; (iii) convergentes; y, (iv) que no deben existir conindicios.

1. PLURALIDAD DE INDICIOS

Los indicios son plurales cuando existen al menos dos indicios. Es de referir a este respecto que aunque el artículo 158.3° del Código Procesal Penal exi-

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 Caveró, Percy, Op. Cit., p. 47.

20 García Caveró, Percy, Op. Cit., p. 23.

21 Taruffo, Michele, Op. Cit., p. 270.

22 Talavera Elguera, Pablo, Op. Cit., p. 141.

23 Miranda Estrampes, Manuel, Op. Cit., p. 39.

24 Cubas Villanueva, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, p. 355.

ge 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 sí²⁵ sirven para concluir en el hecho deducido²⁶.

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”²⁷.

Uno de los efectos prácticos de este requisito de la prueba indiciaria es el de evitar que se considere acreditada una hipótesis sobre el hecho que carezca de confirmación o no le esté suficientemente, por resultar defendibles otras hipótesis sobre el hecho.²⁸

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.²⁹

A este nivel, se analizan las relaciones existentes entre los diversos indicios, de modo que pueda determinarse su conformidad o disconformidad con el

25 Miranda Estrampes, Manuel, Op. Cit., p. 55; Talavera Elguera, Pablo, Op. Cit., p. 142; García Caveró, Percy, Op. Cit., p. 98.

26 Sánchez Velarde, Pablo, Op. Cit., p. 697.

27 García Caveró, Percy, Op. Cit., p. 99.

28 Taruffo, Michele, Op. Cit., p. 476.

29 Taruffo, Michele, Op. Cit., p. 476.

hecho presumido.³⁰ Precisamente es por esta razón que el examen y valoración de los indicios debe ser realizado de forma conjunta integral.³¹

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.³² El efecto 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.³³

V. El indicio de falsa justificación

Precisamente por estas consideraciones, la doctrina especializada ha reconocido la absoluta irrelevancia del *indicio de falsa justificación*. Se acepta que aunque la justificación o coartada del imputado puede constituir un contra indicio que desvirtúe la responsabilidad penal del imputado, la falsa justificación carece de significación procesal. Una interpretación distinta –que otorgue a la falsa justificación una significación negativa- resultaría vulneratoria del principio de presunción de inocencia.

En esa línea, como señala categóricamente Miranda Estrampes, “La inferencia de culpabilidad sobre la base de la falsedad y/o inverosimilitud de la coartada sería contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto comportaría una inversión de la carga de la prueba que corresponde a la acusación, incompatible con las exigencias que derivan de dicho derecho en su acepción como regla probatoria. El fracaso de la coartada lo único que permite afirmar es que el acusado no estuvo donde dice estar o con quien dice estar, o no hizo lo que afirma que llevó a cabo (...) cuando los indicios acre-

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

31 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.

32 Pastor Alcoy, Francisco, Op. Cit., p. 107; Ugaz Zegarra, Fernando, *La prueba en el proceso penal, Estudio introductorio*, Ediciones BLG, Lima, 2010, p. 40.

33 García Cavero, Percy. Op. Cit., p. 101.

ditados 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”.³⁴ 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 prueba³⁵. Por estas razones, cualquier propuesta contraria³⁶, 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

- 34 Miranda Estrampes, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista, Lima, 2012, p. 34.
- 35 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).
- 36 Nos referimos a la tesis planteada por García Cavero, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*, Reforma, Lima, 2010, p. 60; quien, pese a sostener: “Otros, con los que estoy de acuerdo, consideran que la falsa coartada puede desplegar perfectamente un efecto indiciario, en la medida que el imputado se haya expresado libre y voluntariamente, pese a no estar obligado a demostrar su inocencia”, no llega a explicar razonablemente cómo, de la falsa justificación, podría generarse el efecto indiciario al que hace referencia. La tesis de García Cavero de que “el imputado debe asumir las consecuencias jurídico procesales que se derivan de su declaración” parece partir de la atribución al imputado de deberes de declaración fidedigna que resultan incompatibles con el principio de presunción de inocencia.

imputado pues la introducción de consecuencias negativas a la coartada fallida limita desproporcionadamente las posibilidades de defensa del imputado y constreñiría el ejercicio de dicho derecho. Como señala Sánchez- Vera Gómez- Trelles: “En efecto, si fuera valorado negativamente el hecho de que la coartada aportada se probó como mendaz, resultaría cercenado el derecho de defensa debido a las consecuencias negativas que su libre ejercicio conllevaría en estos casos –hubiera sido mejor, sencillamente, no defenderse (...) De este modo, se situaría al sujeto encausado ante la disyuntiva de no intentar su descargo, o hacerlo, aun a riesgo de que los efectos sean los contrarios a los buscados”³⁷.

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 imputado³⁸. 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 permitió justificar la imposición de la medida cautelar de detención domiciliaria.³⁹

37 Sánchez- Vera Gómez- Trelles, Javier, Op. Cit., pp. 55-56.

38 Sánchez- Vera Gómez- Trelles, Javier, Op. Cit., p. 54.

39 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

VI. La valoración de la prueba indiciaria. La trascendencia de la distinción entre indicios débiles e indicios fuertes para la determinación de la probabilidad en la inferencia

La doctrina jurisprudencial existente en relación a la prueba indiciaria ha resaltado la importancia de la valoración integral de los medios de prueba. En 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”.⁴⁰

En ese sentido, aunque pueda establecerse una inferencia que conecte el hecho conocido con el desconocido, ello no implica necesariamente que aquella sea suficiente para probarlo. Esto, como indica Taruffo, se debe a que “pueden existir inferencias dudosas, vagas, contradictorias o, en todo caso, tan

(...) que cuando él estaba en Panamá usted fue a visitarlo (...)”, la recurrente contesta: “Todo lo que Montesinos dice es una mentira, es falso (...)”. Empero, en una declaración instructiva posterior, obrante a fojas 356 del Exp. 30-2002, sobre el proceso penal contra la recurrente, ésta ha aceptado que uno de los móviles que generó su viaje a Panamá fue que su acompañante, María Elvira Salazar, buscaba entrevistar a Vladimiro Montesinos. Asimismo, en otra declaración ha aceptado que, estando en Panamá, “recibió una llamada de un varón que le dijo si podía apoyarlo” (a fojas 431 del Exp. 30-2002). A mayor abundamiento, es imposible soslayar que en la Audiencia Pública realizada ante este Tribunal Constitucional el 17 de marzo último, y ante la pregunta formulada por la Sala encargada de resolver esta causa, referente a si la recurrente había sostenido una entrevista con Vladimiro Montesinos Torres en Panamá, ésta contestó: “En dos oportunidades, la primera de diez y la segunda de cinco minutos”, lo cual se corrobora con la transcripción certificada de la referida declaración que esta agregada al presente cuadernillo a fojas 37 y siguientes.

9. Los hechos descritos permiten al juez penal presumir objetivamente que la demandante tiende a perturbar y obstruir la labor de investigación de los órganos judiciales.

Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso.

10. Así, lejos de desvanecerse las razones que pudieron justificar en un inicio la detención domiciliaria ordenada, en el transcurso del proceso penal se ha podido constatar el surgimiento de factores que legitiman su mantenimiento, ante nuevos hechos de naturaleza punible se ha ampliado la investigación penal.”

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

‘débiles’ que no pueden ser suficientes a este efecto”.⁴¹ 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 dependerá 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”.⁴²

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*”⁴³ y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (véase STC 145/2005, del 06 de Junio)⁴⁴ 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’”.⁴⁵

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

Como se aprecia de todo lo indicado, no puede sino coincidirse con San Martín en el sentido que la prueba indiciaria es una prueba de tipo crítico y proba-

41 Taruffo, Michele, Op. Cit., p. 472.

42 Sánchez- Vera Gómez- Trelles, Javier, Javier. Op. Cit., p. 196.

43 Citada en: Sánchez- Vera Gómez- Trelles, Javier, Javier, Op. Cit., p. 196.

44 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.

45 Citada por Sánchez- Vera Gómez- Trelles, Javier, Javier, Op. Cit., p. 196.

bilística⁴⁶ y por ello su utilización para emitir un veredicto condenatorio debe estar sometida a especiales cautelas. El uso irracional, acrítico de la prueba indiciaria puede derivar en las denostadas *condenas por sospecha*.

En efecto, el examen judicial de la inferencia que permite conectar el indicio con la conclusión debe sostenerse en la inteligencia y la lógica, las que, precisamente, sirven para apartar aquellos indicios impertinentes de los que realmente tienen incidencia en la acreditación del hecho imputado. Producida esa labor de descarte, será el juicio de probabilidad el que permitirá alcanzar certeza respecto al hecho deducido.⁴⁷

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”.⁴⁸

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.⁴⁹

Precisamente por esas razones resulta de trascendente importancia el contenido argumentativo de las decisiones fiscales o judiciales que recurran a dicho tipo de prueba. La doctrina procesal penal ha puesto especial énfasis en la obligación de motivación directa de la prueba indiciaria y, sobre todo, de los criterios utilizados para su valoración.⁵⁰

- 46 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.
- 47 En las expresiones de San Martín Castro, César, Op. Cit., p. 634: “La suma de probabilidades determinará la certeza”.
- 48 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.
- 49 Calvo González, José, “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (sobre la prueba de los hechos disipados)”, p. 06, disponible World Wide Web: www.webpersonal.uma.es/JCALVO/doc/hechos.
- 50 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.

En ese sentido, 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”⁵¹.

Esta regla resulta plenamente aplicable a la actividad del órgano persecutorio y supone la obligación del Fiscal de expresar “el razonamiento inferencial empleado (...) o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia”⁵².

Bibliografía

- 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.
- Calvo González, José, “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (sobre la prueba de los hechos disipados)”, p. 06, disponible World Wide Web: [www.webpersonal.uma.es / JCALVO/doc/hechos](http://www.webpersonal.uma.es/JCALVO/doc/hechos).
- 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.
- Cubas Villanueva, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, Palestra, Lima, 2009, pp. 353-354.
- García Cavero, Percy, *La prueba por indicios en el proceso penal*, Reforma, Lima, 2010.
- González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Colombia, p. 191.
- Gorphe, Francois, *De la apreciación de las pruebas*, traducción de Santiago Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires, 1955, p. 257.
- Miranda Estrampes, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista, Lima, 2012, p. 34.
- Pabón Gómez, Germán, *Lógica del indicio en materia criminal*, segunda edición, Temis, Bogotá, 1995, pp. 320 ss.
- Pastor Alcoy, Francisco, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 42.

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

52 Miranda Estrampes, Manuel, Op. Cit., p. 57.

- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 111.
- San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, tomo II, Grijley, Lima, 1999, p. 631.
- Sánchez Velarde, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 695.
- Sánchez- Vera Gómez- Trelles, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 197.
- Talavera Elguera, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal*, Academia de la Magistratura, segunda edición, Lima, 2009, p. 137.
- Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer, Trotta, Madrid, 2002, p. 276.

PENSAMIENTOS SOBRE LA PROTECCIÓN DEL IMPUTADO FRENTE A INJERENCIAS INDEBIDAS EN SU ÁMBITO PRIVADO, EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA (ARGENTINA) Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE PERÚ

Por Gustavo A. Arocena¹

*“La eterna tensión entre la tarea de investigar y, en su caso, castigar el delito, y la de respetar los derechos fundamentales del acusado, se acentúa cuando no hay, como en el caso de la tortura, una prohibición absoluta, sino una relativa que depende del cumplimiento de determinados requisitos fijados legalmente, o de las diversas circunstancias concurrentes en cada caso que deben ser ponderadas por el juzgador. La pluralidad de situaciones en las que estas técnicas pueden ser utilizadas, dificulta una valoración unitaria de ellas desde el punto de vista de su admisibilidad como pruebas en el proceso penal (y, por supuesto, también, aunque con distintos matices, en el proceso civil, laboral o administrativo); de ahí que sea difícil delimitar a priori y sin referencias a casos concretos, cuándo, por ejemplo, las grabaciones audiovisuales, pueden considerarse como medios de prueba legítimos y cuándo no”.*²

Sumario: I. Introducción. II. Sobre las injerencias en la esfera personal de un individuo sometido a proceso penal distintas de las medidas de coerción personal o real principales. III. Algunas formas de injerencia previstas por los ordenamientos jurídicos. IV. Elementos para analizar la legitimidad de las injerencias en el ámbito privado del imputado. V. Disposiciones constitucionales que permiten el cercenamiento de alguno de los derechos que dotan de conteni-

- 1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina).
- 2 Muñoz Conde, Francisco, “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, en AA.VV., *Estudios sobre la justicia penal –Homenaje a Julio B. J. Maier-*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 379.

do a la noción de “ámbito privado de la persona” y los necesarios condicionamientos relativos a su contenido sustancial. **VI.** Consecuencias que, en el ámbito del derecho probatorio, deben seguir a la inobservancia de los presupuestos genéricos básicos para la legítima intrusión en la esfera personal del imputado. **VII.** Palabras finales. Bibliografía

I. Introducción

Es consustancial a todo Derecho penal procesal su necesidad de armonizar el interés en la **búsqueda de la verdad** y el **interés del procesado en la salvaguarda de sus derechos individuales**.³

Se trata de la más elemental manifestación del **conflicto de intereses** que reside en la base de la **función judicial en lo penal del Estado**, que muestra, como pretensiones contrapuestas, por un lado, el designio de hacer efectivo el poder penal estatal en aquellos casos reales que habilitan su aplicación, y, por otro, la natural aspiración del individuo –aunque también de la comunidad organizada– en el respeto sin restricciones de sus derechos, libertades y bienes jurídicos.

El estadio de la evolución social posterior a la Inquisición que dio en llamarse la “**sociedad moderna**” –caracterizado por la participación y consenso de los individuos para fijar las formas y metas del orden social, y sus alcances, mediante acuerdos racionales y a través de la intervención de los afectados en la solución de los conflictos sociales que los tienen por actores–, reconoció la necesidad de poner **cotos que eliminen, en lo posible, el abuso del poder penal del Estado**.⁴

Estos límites, que habrían de materializarse en el reconocimiento de **un conjunto ineludible de garantías fundamentales** que amparan a la persona penalmente perseguida, terminaron por delinear un procedimiento que – como señala Maier– “...relativiza las metas que se propone la administración de justicia penal del Estado”⁵ y que “...supone la afirmación de valores del

3 Cfr. Roxin, Claus, “La protección de la persona en el Derecho procesal penal alemán”, en Roxin, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 121.

4 Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 89.

5 Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho...* cit., p. 89.

individuo que, por su mayor jerarquía, se antepone a los mismos fines que persigue el enjuiciamiento penal, fines que de esta manera ya no se conciben como absoluto, sino que resultan subordinados a la observancia de aquellos valores fundamentales”.⁶

Con igual significación, Roxin anota que, “...con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad de abuso del poder estatal”,⁷ al tiempo que enfatiza que los límites a la facultad de intervención del Estado “...deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas de la libertad, y... deben también asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa”.⁸

Sentado esto, resulta evidente que, en el procedimiento penal propio de un Estado de Derecho, el **respeto las formalidades** que –en tanto **garantías procesales**– amparan a la persona afectada reviste igual importancia que la realización del Derecho penal material por medio de la **imposición de una condena al autor de un delito** y el consiguiente restablecimiento de la paz jurídica.

Desde esta perspectiva, pues, el Estado de Derecho aparece como esa figura “...decidida a ejercer su monopolio de la violencia siguiendo los dictados de la ley y a intentar que los afectados se vean lesionados lo menos posible”.⁹

De allí que, conforme se puntualizó en las líneas precedentes, la averiguación de la verdad **no resulte un valor absoluto** en el procedimiento penal, y que deba advertirse que el propio proceso penal está impregnado por las **jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado de Derecho**.¹⁰

6 Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho...* cit., pp. 89 y 90.

7 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 2.

8 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho...* cit., p. 2.

9 Cfr. Hassemer, Winfried, “La policía en el Estado de Derecho”, en Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 256.

10 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho...* cit., p. 191.

II. Sobre las injerencias en la esfera personal de un individuo sometido a proceso penal distintas de las medidas de coerción personal o real principales

No es necesaria mayor probidad para observar que **toda injerencia en la esfera personal de un individuo sometido a proceso penal** traduce una intromisión en los derechos particulares de un sujeto jurídicamente inocente.

Es por ello que la justificación de aquellas diligencias procesales *distintas de las medidas de coerción personal o real principales* –o, si se me permite el giro, medidas de coerción personal o real “en sentido estricto”- que conllevan determinadas **injerencias en el ámbito privado del imputado** no sólo debe ponderarse atendiendo al interés del Estado en la averiguación de la verdad, sino también, y fundamentalmente, reparando en que una de principales repercusiones del **principio de inocencia**¹¹ exige que el encartado **sea tratado como tal** hasta el dictado de una sentencia definitiva, válida y legal que lo declare culpable de un hecho delictuoso.

No desconozco que las medidas de las que me ocuparé en el presente texto constituyen, fundamentalmente, medios de prueba que, para lograr el ingreso de elementos de convicción al proceso, proceden a la limitación de ciertos derechos individuales fundamentales del imputado, y podrían, por ello, ser consideradas medidas de coerción.

Nótese, empero, que en el C.P.P.¹² de Córdoba¹³ las injerencias que se mencionan en el desarrollo del texto principal de este trabajo son todas diligencias que están previstas –las que lo están- en el Capítulo IX, del Título VI, del Libro Primero, destinado, justamente, a la regulación de los “Medios de prueba”.

Pero esta última circunstancia, y las rasgos característicos propios de las medidas que aquí tratamos, permite que pueda distinguirse entre estas diligencias y las medidas de coerción *en sentido estricto* – si cabe la expresión- que se orientan a proteger los fines del proce-

11 Regla que, por imperio del artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; el artículo 26 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 11.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 8.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-; y el artículo 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, **reviste jerarquía constitucional**.

12 Código Procesal Penal.

13 Ley n° 8.123, sancionada el 5/12/1991, promulgada el 18/12/1991 y publicada en B.O. el 16/1/1992.

so penal a través de determinadas restricciones de la libertad individual del imputado –**coerción personal** (p. ej., detención)– o de la libre disposición de su patrimonio –**coerción real** (v. gr., secuestro)–.

Sin perjuicio de ello, estimo que no conlleva desacierto el considerar que las diligencias que se estudian en el presente texto constituyen **medidas asegurativas de la prueba**¹⁴ o **formas accesorias de coerción**,¹⁵ enderezadas a garantizar la realización de otras medidas coercitivas principales, como el secuestro o la detención.

En sintonía con esta concepción, puedo citar el C.P.P. de Perú,¹⁶ cuyo Título III de la Sección II del Libro Segundo –que incluye la clase de medidas a las que aludiré en este *paper* (la intervención corporal, el allanamiento, el control de las comunicaciones y los papeles privados, etcétera)– lleva por nombre, justamente, “La búsqueda de pruebas y restricción de derechos”.

De otro costado, parece útil traer a colación las reflexiones de Balcarce, en el sentido de que el proceso penal, en relación con el imputado, muestra un aspecto positivo y un aspecto negativo como derecho constitucional reglamentado, reformulado y aplicado que es: en cuanto a lo primero –señala el jurista–, es necesario que se realice respetando ciertos cartabones marcados en nuestras cartas magnas (debido proceso, defensa en juicio, presunción de inocencia, duración razonable, *ne bis in idem*); respecto de lo segundo –añade, en lo que resulta de especial interés a los fines de este artículo–, impone que los derechos individuales sólo sean restringidos en los casos, con las formas y por los órganos expresamente establecidos por la ley (legalidad).¹⁷

Por lo demás, es verdad que, aunque son principios que deben diferenciarse, el derecho del imputado a una esfera privada libre de injerencias y la **prohi-**

14 Para esta denominación, v., por todos, Viada López-Puigcerver, Carlos, *Lecciones de derecho procesal penal*, Imprinta Alpe, Madrid, 1950, p. 445.

15 Para esta nomenclatura, v., por todos, Cafferata Nores, José I., *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983, p. 139.

16 Promulgado por decreto legislativo n° 957, que se publicó el 29/7/2004.

17 Cfr. Balcarce, Fabián I., “Intercepción de correspondencia e intervención de comunicaciones”, en Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, n° 4, nueva serie, publicación del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1999, pp. 57 y 58.

bición de la coacción estatal para lograr que el encausado se incrimine a sí mismo –*nemo tenetur se ipsum accusare*,¹⁸ trazan ámbitos de vigencia que habitualmente se influyen recíprocamente. De este modo lo entiende también, por ejemplo, Roxin, quien, luego de diferenciar entre la prohibición de la auto-incriminación obtenida por el Estado de una manera involuntaria y el derecho a un ámbito privado, expresa que, en realidad, “...ambos círculos se interfieren entre sí porque, precisamente, la coacción a auto-incriminarse, a menudo, trae como consecuencia una injerencia en el ámbito privado del individuo, y viceversa, la injerencia estatal en la esfera personal, con frecuencia, lleva a una auto-incriminación. (...) No obstante –aclara, con razón, el jurista alemán–, no toda injerencia en la esfera personal conlleva una auto-incriminación y no toda auto-incriminación involuntaria está unida a una injerencia en el ámbito privado”.¹⁹

Averiguación de la verdad como fin inmediato del proceso penal, principio de inocencia y regla del *nemo tenetur se ipsum accusare* constituyen, pues, **premisas de especial relevancia** a la hora de escudriñar la legitimidad de ciertas injerencias en la esfera privada del imputado, en el contexto de un procedimiento penal propio de un Estado de Derecho.

Llegado a este punto, parece un imperativo metodológico ineludible la determinación del alcance de las expresiones “ámbito privado” o “**esfera personal**”. Por tales expresiones entiendo, aquí, *el conjunto de los derechos individuales fundamentales del imputado, que incluye su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, su honra y su reputación* (arg. artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; artículos 5, 9 y 10 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 17.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), *como así también su intimidad personal y su integridad física* (arg. artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; artículo 5.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La Constitución Política del Perú –vigente desde el 31 de diciembre de 1993–, prescribe en su cuarta disposición final: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce

18 Máxima que **también tiene consagración constitucional**, en virtud de la disposición del artículo 18 Constitución de la Nación Argentina, que establece: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, y de los artículos 75, inciso 22, de la Ley Suprema, 8.2.g Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2.g Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de redacción equivalente a la del texto de la norma trascrita.

19 Cfr. Roxin, Claus, “La protección de la persona...” cit., p. 122.

se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

A este respecto, débese anotar que la República del Perú –que es Estado Miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos– aceptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 28 de abril de 1978, a la vez que firmó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos el 27 de julio de 1977 y la ratificó el 12 de julio de 1978.

El ordenamiento constitucional protege dicho *espacio individual* frente a “ataques abusivos” (artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; artículo 5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), “injerencias arbitrarias” (artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; artículo 12 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 11.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 17.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) o “ataques ilegales” (artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; artículo 17.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En este trabajo, por cierto, no se aspira a escudriñar –con método dogmático-jurídico de corte descriptivo– la regulación de las distintas diligencias que traducen alguna injerencia en la esfera personal del imputado previstas en las leyes penales procesales mencionadas en el título, sino sólo abreviar en el universo normativo constitucional (principalmente el argentino, aunque también el peruano, para mayor utilidad del lector, en el contexto de una obra de Derecho comparado, como la presente) para hallar los **principios generales que informan una recepción legal de tales medidas** que se pretenda respetuosa de las reglas de derechos y garantías consagradas en la cúspide del sistema jurídico.

Sólo así, pienso, podrá contarse con una válida *pedra de toque* que permita distinguir entre casos de injerencias admisibles y supuestos de injerencias que, por resultar contrarias a dichos principios constitucionales –y consiguientemente arbitrarias–, no lo son.

III. Algunas formas de injerencia previstas por los ordenamientos jurídicos

Según se desprende, de algún modo, de lo anotado en el párrafo precedente, las leyes contemplan, de manera expresa y través de disposiciones específicas, algunas formas de injerencia.

En la República Argentina, el C.P.P. de Córdoba, por ejemplo, prevé, entre otras, la **inspección corporal y mental**, las **extracciones de sangre** (artículo 198²⁰), el **registro** (artículo 203²¹), el **allanamiento de la morada** (ar-

- 20 Refiere esta disposición: “Inspección corporal y mental. Cuando fuere necesario, se podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado, cuidando que en lo posible se respete su pudor. También podrá disponerse extracciones de sangre, salvo que pudiere temerse daño para su salud. Podrá disponerse igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad. Si fuere preciso, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto sólo podrá asistir una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho”. A su vez, el nuevo Código Procesal Penal de Perú resuelve en su artículo 211: “Examen corporal del imputado. 1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, aún sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tema fundadamente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual si resulta necesario se contará con un previo dictamen pericial. (...) 5. El Ministerio Público, o la Policía Nacional con conocimiento del Fiscal, sin orden judicial, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para su salud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere riesgosa. En caso contrario, se pedirá la orden judicial, para lo cual se contará con un previo dictamen pericial que establezca la ausencia de peligro de realizarse la intervención”.
- 21 Señala esta regla: “Registro. Si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el Tribunal o Fiscal de Instrucción si no fuere necesario allanar el domicilio, ordenarán por decreto fundado, bajo pena de nulidad, el registro de ese lugar. Podrán también disponer de la fuerza pública y proceder personalmente o delegar la diligencia en funcionarios de la Policía Judicial. En este caso, la orden, bajo pena de nulidad, será escrita, expresando el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse y el nombre del comisionado, quien actuará conforme al Capítulo 2 del presente Título”. En el artículo 208.1 del nuevo C.P.P. de Perú se lee: “La Policía, por sí -dando cuenta al Fiscal- o por orden de aquél, podrá inspeccionar o disponer pesquisas en lugares abiertos, cosas o personas, cuando existan motivos plausibles para considerar que se encontrarán rastros del delito, o considere que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga, procede a realizar una inspección”.

título 204²²), la **requisa personal** (artículo 208²³), la **intercepción de co-**

- 22 Prescribe esta norma: “Allanamiento de la morada. Cuando el registro debe efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá comenzar desde que sale hasta que se pone el sol. Sin embargo, se podrá proceder a cualquier hora en casos sumamente graves y urgentes (Constitución Provincial, artículo 45), cuando peligre el orden público o si el interesado o su representante lo consienten”. Por su parte, el nuevo C.P.P. de Perú puntualiza en su artículo 214: “Solicitud y ámbito del allanamiento. 1. Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto”.
- 23 Dispone esta manda legal: “Orden de requisa personal. Se ordenará la requisa personal por decreto fundado, bajo pena de nulidad, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida, podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate”. El artículo 210 del nuevo C.P.P. peruano reza: “Registro de personas. 1. La Policía, por sí -dando cuenta al Fiscal- o por orden de aquél, cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla. Antes de su realización se invitará a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado. Si el bien se presenta no se procederá al registro, salvo que se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones. 2. El registro se efectuará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá realizarlo a una persona del mismo sexo del intervenido, salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación. 3. El registro puede comprender no sólo las vestimentas que llevare el intervenido, sino también el equipaje o bultos que portare y el vehículo utilizado. 4. Antes de iniciar el registro se expresará al intervenido las razones de su ejecución, y se le indicará del derecho que tiene de hacerse asistir en ese acto por una persona de su confianza, siempre que ésta se pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad. 5. De todo lo acontecido se levantará un acta, que será firmada por todos los concurrentes. Si alguien no lo hiciera, se expondrá la razón”.

responsabilidad (artículo 214²⁴) y la **intervención de comunicaciones** (artículo 216²⁵).

- 24 Expresa este artículo: “Intercepción de correspondencia. Siempre que lo considere útil para la averiguación de la verdad, el Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la intercepción o el secuestro de la correspondencia postal o telegráfica o de todo efecto remitido por el imputado o destinatario al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto”. Por cierto que la injerencia que permite esta disposición se vincula *teleológicamente* con la injerencia que hace posible el artículo siguiente, el 215, que refiere: “Apertura y examen de correspondencia. Secuestro. Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el Tribunal procederá a su apertura, haciéndolo constar en acta. Examinará los objetos y leerá por sí el contenido de la correspondencia. Si tuvieren relación con el proceso ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia”. Por su lado, el nuevo C.P.P. de Perú expresa: “Autorización. 1. Las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o empresas -públicas o privadas- postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales por razón de especiales circunstancias, se presumiere emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, pueden ser objeto, a instancia del Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria, de interceptación, incautación y ulterior apertura. 2. La orden judicial se instará cuando su obtención sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Esta medida, estrictamente reservada y sin conocimiento del afectado, se prolongará por el tiempo estrictamente necesario, el que no será mayor que el período de la investigación. 3. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de él. 4. El Juez de la Investigación Preparatoria resolverá, mediante trámite reservado e inmediatamente, teniendo a la vista los recaudos que justifiquen el requerimiento fiscal. La denegación de la medida podrá ser apelada por el Fiscal, e igualmente se tramitará reservada por el Superior Tribunal, sin trámite alguno e inmediatamente” (artículo 226).
- 25 Sostiene este dispositivo de ley: “Intervención de comunicaciones. El Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado, para impedir las o conocerlas”. El artículo 230 del nuevo C.P.P. de Perú dice: “Intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación. 1. El Fiscal, cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación. Rige lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 226. 2. La orden judicial puede dirigirse contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación. 3. El requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la acuerde, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir y grabar o registrar. También indicará

El nuevo C.P.P. de Perú regula –en lo tocante a esta especie de medidas- el **control de identidad** y la **videovigilancia** (artículo 205 y ss.), las **pesquisas** (artículo 208 y ss.), la **intervención corporal** (artículo 211 y ss.), el **allanamiento** (artículo 214 y ss.), la **exhibición forzada** y la **incautación** (artículo 218 y ss.), el **control de comunicaciones y documentos privados** (artículo 226 y ss.), el **levantamiento del secreto bancario** (artículo 235 y ss.), y la **clausura o vigilancia de locales e inmovilización** (artículo 237 y ss.).

Al igual que la gran mayoría de leyes de enjuiciamiento criminal vigentes, el mencionado digesto consagra, pues, los requisitos y presupuestos para la **específica procedencia** de cada una de estas diligencias, mas no brinda un conjunto de **reglas generales que rijan el funcionamiento de toda injerencia limitativa de derechos individuales fundamentales** procedente de los órganos del Estados que desempeñan su función judicial en lo penal, es decir, que gobiernen la disposición legítima de cualquier medida estatal que traduzca una intrusión en tal esfera personal.

Ha quedado dicho ya que, en razón del limitado ámbito de este texto, no habrán de relevarse aquí esas distintas exigencias específicas que condicionan la aplicación de las diversas medidas; antes bien, y como también se expresó, habré de escrutar el ordenamiento jurídico constitucional argentino, con la pretensión de encontrar un **haz de principios generales básicos e imposibles de soslayar** en una regulación legal de tales diligencias que, justamente por su adecuación al sistema constitucional, que quiera ser reputada de **legítima**.

la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía, que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación o registro. 4. Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán posibilitar la diligencia de intervención y grabación o registro, bajo apercibimiento de ser denunciados por delito de desobediencia a la autoridad. Los encargados de realizar la diligencia y los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento. 5. Si los elementos de convicción tenidos en consideración para ordenar la medida desaparecen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente. 6. La interceptación no puede durar más de treinta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria”.

IV. Elementos para analizar la legitimidad de las injerencias en el ámbito privado del imputado

1. Con arreglo a lo ya anotado, no puede emprenderse un análisis serio de las normas jurídicas constitucionales relevantes para delinear *criterios de legitimidad* de toda injerencia en el ámbito privado del imputado sin partir del principio de inocencia.

Si toda persona acusada de delito tiene derecho a que se **presuma su inocencia** mientras no se pruebe su culpabilidad (arg. artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; el artículo 26 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 11.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 8.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; y el artículo 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), ella tiene también el derecho a ser **tratada como inocente**, lo que presupone, por cierto, que los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a todos los seres humanos no se conviertan –por el solo sometimiento de alguien a proceso penal– en derechos de igual denominación pero distinto contenido que los derechos de todo individuo no perseguido penalmente, que no se transformen, en definitiva, en **derechos de segunda categoría**.

Por lo demás, esto último resulta un imperativo derivado del **principio de igualdad** (artículo 16 Constitución de la Nación Argentina²⁶), que exige identidad de trato para quienes se encuentran en las iguales circunstancias, y el imputado, aun cuando exista prueba de cargo que lo vuelva sospechoso de la comisión de un hecho delictuoso, **en principio**, se halla, **jurídicamente**, en **la misma situación** que cualquiera otra persona.

Desde luego que lo señalado no significa que los derechos del encartado sean absolutos: como los de cualquier individuo, sus derechos pueden ser restringidos por las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que –como consecuencia de ello– no se vea alterado el *contenido definitorio* del derecho en cuestión (arg. artículo 28 Constitución de la Nación Argentina).

El artículo 118.8 de la Constitución Política del Perú establece que corresponde al Presidente de dicha República: “...Ejercer la potestad de **reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas**”.

Ahora bien, el orden jurídico nacional argentino consagra en favor de todo ser humano, entre otros, y como derechos que conforman el **núcleo mismo**

26 La Constitución Política del Perú consagra en su artículo 2.1 el derecho de toda persona a “...la igualdad ante la ley”.

de su ámbito personal, el derecho a la protección de la ley frente a injerencias arbitrarias en su **vida privada**, su **familia**, su **domicilio**, su **correspondencia**, su **honra**, su **reputación** (arg. artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; artículos 5, 9 y 10 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 12 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 11.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 17.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), su **intimidad personal** y su **integridad física** (arg. artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; artículo 5.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos).²⁷

De igual modo lo hace Perú, pues –según se anotó– es País Miembro de las organizaciones internacionales (O.E.A. y O.N.U.) que adoptaron las dos declaraciones mencionadas precedentemente y ha suscripto tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A más de ello, la Constitución Política de este país dispone en su artículo 2 que toda persona tiene derecho: “1. A [...] su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...] 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar. [...] 9. A la inviolabilidad del domicilio. [...] 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados”.

La protección frente a injerencias arbitrarias en el ejercicio de estos derechos abarca, pues, a la persona contra la cual se dirige determinada persecución penal, y ésta, por el hecho de serlo, no puede, por regla, ser sometida a restricciones en tales derechos que no sean igualmente impuestas a todo otro individuo.

Sin embargo, he aseverado que los derechos del encausado deben recibir el mismo trato que los de cualquier persona, porque aquél y ésta son individuos que, **en principio**, están situados en idéntica situación jurídica. Digo

27 No está de más añadir que también el derecho público provincial argentino recepta de modo expreso estos derechos. Así, por ejemplo, la **Constitución de la Provincia de Córdoba** prescribe en su artículo 19 lo siguiente: “Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: 1. A ...la integridad psicofísica [...]. 2. Al honor, a la intimidad [...]. 7. A constituir una familia. [...] 12. Al secreto de los papeles privados, la correspondencia, las comunicaciones telegráficas y telefónicas y las que se practiquen por cualquier otro medio”. Este último derecho, incluso, goza de una protección adicional en la Ley Suprema citada, en tanto y en cuanto, por imperio de su artículo 41, párrafo segundo, *no pueden servir en juicio las cartas y papeles privados que hubiesen sido sustraídos*.

“**en principio**” porque esa igualdad se verifica si se piensa en que ambos son personas “jurídicamente” inocentes. Distinta es la situación en cambio, si se repara en que el encartado es una **persona que en contra de la cual se dirige una persecución penal** (arg. artículo 80 C.P.P. de Córdoba²⁸). Desde esta perspectiva, el imputado no es un “igual” en relación con un sujeto ajeno a toda persecución penal. Y ello propicia “buenas razones” para **matizar la “regla de igualdad”** aludida, y admitir que pueda encontrarse en la circunstancia señalada argumento suficiente para justificar **ciertas restricciones “especiales”** –en el sentido de no comunes a todas las personas- **a los derechos del imputado que integran su esfera personal.**

Cabe señalar, incluso, que la Constitución de la Nación Argentina consagra como uno de los cometidos que la inspiran, el **afianzamiento de la justicia**, a cuya consecución se propende mediante el establecimiento de la **averiguación de la verdad como fin inmediato del proceso penal.**

En la Constitución Política del Perú se expresa que uno de los deberes primordiales del Estado es “...promover el bienestar general **que se fundamenta en la justicia** y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (artículo 44).

Resulta necesario, pues, indagar si existen –y, en su caso, individualizarlas– injerencias en los derechos inherentes a la esfera personal del imputado que resulten **constitucionalmente admisibles** como medio para lograr la consecución del mencionado objetivo de consolidar la justicia.

V. Disposiciones constitucionales que permiten el cercenamiento de alguno de los derechos que dotan de contenido a la noción de “ámbito privado de la persona” y los necesarios condicionamientos relativos a su contenido sustancial

1. Un *punto de partida razonable* para dar respuesta a esta cuestión lo constituye, según mi ver, la búsqueda en el orden constitucional de **reglas que permitan el cercenamiento de alguno de los derechos que** –según lo estipulado– **dotan de contenido a la noción de “ámbito privado de la persona”**. Es que, si dicho interrogante pudiera contestarse afirmativamente, existiría un argumento sólido para afirmar la **admisibilidad constitucional** de determinadas injerencias en los derechos individuales fundamentales

28 Equivalente es el artículo 71.1 del nuevo C.P.P. de Perú, en cuanto dispone: “El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”.

de cualquier sujeto, en general, y del acusado, en particular, y como instrumento para hacer posible el esclarecimiento de la verdad y, con él, el afianzamiento de la justicia.

Me apresuro en adelantar que sí obran tales disposiciones en el universo normativo constitucional.

En efecto, el **artículo 18 Constitución de la Nación Argentina**, tras señalar que el **domicilio** es inviolable, como también la **correspondencia epistolar** y los **papeles privados**, refiere que “...una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

La Constitución Política del Perú consagra el derecho de toda persona la inviolabilidad del domicilio, en su artículo 2.9 que, además, expresa: “Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”.

A su vez, el ya citado artículo 2.10 de esta Ley Suprema recepta el derecho de toda persona al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, a la vez que establece: “Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”.

De esta forma, las disposiciones de más alta jerarquía del sistema jurídico argentino –también, como se acaba de ver, del peruano– consiente una injerencia en el derecho a la intimidad hogareña o en el derecho a la intimidad de la correspondencia y de la documentación personal²⁹ de cualquier persona, y lo hace subordinando tal posibilidad a la satisfacción de un único requisito formal: **la existencia de una ley previa** que determine los casos en que procede y las razones que justifican la intrusión en el ámbito de alguno de los derechos nombrados.

Pero, además de dar sustento a la admisibilidad constitucional de tales diligencias, la norma reseñada consagra un principio que –por argumentación a

29 V. Maier, Julio B. J., *Derecho...* cit., p. 519.

*pari*³⁰– puede decirse rector de la regulación y la imposición *no arbitraria* de todas las medidas incluidas en la categoría de las injerencias que aquí se estudian: el **principio de legalidad**.

Con arreglo al “principio de legalidad”, entonces, cualquier restricción a los derechos fundamentales concernientes a la esfera privada del imputado, para ser legítima, debe estar prevista en una ley previa. La **previsión normativa expresa** resulta, desde esta perspectiva, un presupuesto básico de legitimidad de las injerencias tratadas en el presente trabajo.

2. El requisito de previsión normativa expresa no se satisface con su **mera observancia formal**, esto es, con la existencia de una ley anterior que mencione las hipótesis en que estas diligencias están permitidas, a la vez que exprese las razones que las justifican, sino que presupone, además, el respeto a **determinados condicionamientos relativos al contenido sustancial** de dicha regla de legalidad.

Para expresarlo en términos sencillos, no cualquier ley previa llena tal exigencia de previsión normativa, ya que la vigencia constitucional de un conjunto de reglas de derechos y garantías que amparan a la persona penalmente perseguida concretiza un factor que acota la actividad del legislador al momento de la sanción de una regla que habilita determinada injerencia en la esfera privada del imputado.³¹

30 El *argumento a pari* es una de las modalidades que pueden asumir los argumentos analógicos, y tiene lugar cuando, del hecho de que un objeto es semejante a otro en varias cualidades, se infiere que también lo será respecto a la cualidad sobre la que versa la cuestión (v. Mans Puigarnau, Jaime M., *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1969, p. 204). Aquí el “objeto” al que alude el concepto dado de la argumentación a *pari* está dado por las distintas diligencias que se manifiestan como una forma de injerencia a los derechos individuales fundamentales que integran el ámbito privado de las personas, y “cualidad” aludida en dicha definición, la exigencia, como presupuesto de legitimidad de tales medidas, de una ley previa que establezca las hipótesis en que ellas proceden y las razones que las justifican.

31 En sentido equivalente, de Luca refiere que el problema de las pruebas sobre el cuerpo del imputado, en general, y de la extracción de sangre, en particular, “...excede el nivel del Derecho positivo procesal, pues no se resuelve porque la ley de forma permita ese tipo de exámenes, como ocurre en algunas provincias argentinas (art. 221 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba) o, más vagamente, en el Código Procesal Penal de la Nación, que autoriza la inspección corporal y requisa personal cuando el juez lo juzgue necesario (arts. 218 y 230), sino **mediante un cotejo de esa medida con la Constitución Nacional y pactos internacionales con jerarquía superior a las leyes**” (cfr. de Luca, Javier A., “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho Penal*, “Garantías constitucionales y nulidades procesales – I”, 2001 - 1, Edgardo Alberto Donna –director–, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 400, con negrita agregada).

En la nueva ley de enjuiciamiento criminal peruana se incluye como primer precepto general del título relativo a la “búsqueda de pruebas y restricción de derechos” (Título III de la Sección II del Libro Segundo), la norma del artículo 202, que señala: “Legalidad procesal.- Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”.

Es que el orden jurídico **permite una reglamentación limitativa del ejercicio de todos los derechos individuales**, siempre que, como fue remarcado ya en este escrito, las leyes que proceden a ello **no alteren el contenido esencial, el “núcleo definitorio” mismo del derecho** de que se trate (arg. artículo 28 Constitución de la Nación Argentina, artículo 118.8 de la Constitución Política del Perú).

En este sentido, Joaquín V. González ha sostenido que el artículo 14 Constitución de la Nación Argentina, inviste al Congreso “... con la potestad de dictar todas las restricciones que nacen de la misma naturaleza de la sociedad, de los principios eternos de justicia y de moral, y del **conjunto de medios y recursos ideados por la Constitución para afianzar la justicia**, consolidar la paz, promover a la defensa común, procurar el bienestar de todos y asegurar la libertad”,³² al tiempo que ha resaltado: “Pero este poder del Congreso, de la ley, **no es tampoco absoluto**. Puede limitar el uso de los derechos, pero sin desconocerlos ni alterarlos en su esencia. [... El] artículo [28 Constitución de la Nación Argentina] debe ser concordado con el 14, para exacta interpretación de éste. Su propósito es de principios y de experiencia, de reconocimiento de la integridad de los derechos, y de defensa contra las invasiones del poder legislativo en la esfera reservada de la soberanía nacional, no conferida a los Poderes del gobierno. Porque no sólo puede haber en los pueblos presidentes o reyes que se hagan tiranos, sino también legislaturas o parlamentos que conviertan su potestad de dictar leyes en verdadero despotismo, o den leyes injustas para usurpar otros poderes u oprimir la libertad y los derechos de los individuos del pueblo”.³³

32 Cfr. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853 – 1860)*, actualizado por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la Constitución de 1994, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 53 y 54, con negritas añadidas.

33 V. González, Joaquín V., *Manual... cit.*, p. 54, con negrita que no obra en el texto original.

En función de lo manifestado, es dable postular que el ordenamiento **avala una tal reglamentación** del ejercicio de los derechos fundamentales comprendidos en la esfera privada de la persona sujeta a persecución penal, que **consagre la admisión de ciertas injerencias fundadas** –en lo que aquí interesa– **en la pretensión de averiguar la verdad** para, sobre la base de ella, afianzar la justicia.

Pretendo significar, pues, que el orden constitucional avala una reglamentación de derechos que traduzca determinadas intrusiones respecto del ejercicio de ellos, siempre que mediante este expediente no se alteren las notas distintivas del derecho en cuestión.

Pero, además, esta posibilidad aceptada constitucionalmente, no puede dejar de escrutar sobre la eventual existencia de otros cotos normativos de igual jerarquía, a partir de los cuales pueda determinarse con mayor precisión el límite máximo hasta el que puede extenderse –en forma legítima– una determinada intrusión en el ámbito de los derechos citados.

A este respecto, parece relevante destacar que el sistema normativo-constitucional de la República Argentina dispone que *toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad* (arg. artículo 75, inciso 22, Constitución de la Nación Argentina; artículo 11.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos).³⁴

También lo hace, por cierto, la República del Perú, toda vez que el artículo 1 de su Constitución Política señala: “La defensa de la persona humana y el **respeto de su dignidad** son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y que el artículo 3 de esa Carta Magna expresa: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o **que se fundan en la dignidad del hombre**, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Si de este derecho a la dignidad personal que se reconoce a todo ser humano se deriva para el derecho penal material su limitación a los ataques que por

34 En alusión a las exigencias que derivan de lo que en el texto de este trabajo denomino “principio de legalidad en su significación material”, de Luca, refiriéndose a las pruebas realizadas a partir de muestras (de pelo, de orina, de sangre, de piel, de saliva, etc.) extraídas al imputado, manifiesta: “En el plano jurídico, sólo son aceptados los procedimientos compatibles con la Constitución Nacional, tratados de derechos humanos y leyes que los reglamentan, **todos los cuales tienen que ver con el respeto a la dignidad humana**, la intimidad o privacidad y los derechos de defensa en juicio y al debido proceso” (cfr. de Luca, Javier A., “Pruebas sobre el cuerpo del imputado...” cit., p. 396, con negrita que no obra en el original).

su naturaleza son indispensables para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad³⁵, *con más razón* debe restringirse el poder del Estado respecto de un individuo que no ha sido declarado culpable de una conducta que merezca tal respuesta por ser particularmente nociva para la pacífica convivencia social. Y ello es así, aun cuando el sujeto en cuestión se encuentre sometido a proceso penal, pues tal circunstancia no revela aptitud suficiente para enervar su condición jurídica de inocente.

Me permito una sucinta digresión para hacer unas pocas reflexiones respecto del **derecho a la dignidad de todo ser humano**.

Pienso que, en el orden político, y como bien dice Yacobucci, el concepto de dignidad viene a significar una posición de preeminencia del sujeto al que se refiere, por lo que, al hablar de aquélla lo que se quiere designar es el lugar privilegiado que tiene el hombre en relación con los otros seres, es decir, su rango superior y diferente respecto de éstos.³⁶

La trascendencia de este derecho, pues, se aprecia nítidamente si se admite que, por estar implicadas en ella las características definitorias de la ontología del ser humano y los factores emergentes de su libertad inherente, la dignidad del hombre “...nunca puede ser absorbida por la convivencia social, ya que ésta es parte de las posibilidades de realización de la primera”.³⁷

Coincido con el autor citado, en cuanto asevera que, en sentido fuerte, la dignidad humana dentro de la vida social y política “...reclama el ejercicio ordenado de la libertad a través del llamamiento primario de los valores y fines comunes, preservando en todo momento aquel espacio de «interioridad» y realización propia que es exigido por la singularidad de cada hombre, con una vida y un fin que realizar existencialmente. Así –añade Yacobucci- de la existencia misma de persona surgen determinados deberes y derechos que reciben la denominación de [«]humanos[»], por su casi inmediata vinculación

35 Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich – Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, quinta edición corregida y ampliada, Comares, Granada, 2002, pp. 28 y 29.

36 V. Yacobucci, Guillermo J., “El principio de dignidad humana en el sistema penal”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, Pedro J. Bertolino – Gustavo A. Bruzzone (compiladores), Nicolás F. D’Albora (coordinador), LexisNexis – Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 548.

37 Cfr. Yacobucci, Guillermo J., “El principio de dignidad humana...” cit., p. 550.

con las necesidades fundamentales para el desenvolvimiento de los hombres”.³⁸

De allí que, en definitiva, pueda sostenerse sin temor al reproche que, en la vida social, “...la existencia de regulaciones e incluso de consecuencias penales aplicables a ciertas conductas de la persona humana por sí solas no implican una afectación de la dignidad humana, pero **sólo en la medida en que respeten el núcleo básico u originario de ésta**”.³⁹

Estas consideraciones pueden servir para comprender el sentido que doy al derecho a la dignidad personal en el contexto de este trabajo.

Para acotar nuestro ámbito de argumentación, puédesse decir, entonces, que el orden constitucional –tanto argentino, como peruano– permite una reglamentación limitativa de los derechos personales que integran el ámbito privado del imputado, siempre que ello, por un lado, se enderece a lograr un esclarecimiento de la verdad que permita afianzar la justicia, y que, por el otro, se lleve a cabo sin alterar el contenido definitorio del derecho en cuestión, ni vulnerar su derecho a la dignidad personal, que impone la **máxima reducción posible de toda injerencia estatal en la esfera personal de toda persona jurídicamente inocente**.

Este último criterio rector de la imposición de cualquiera de las diligencias que examinamos encuentra estrechamente vinculado, también, con el denominado “**principio de proporcionalidad**”, el cual, por otro lado, parece brindarle al primero, además, otros rasgos distintivos, como, por ejemplo, el relativo a la aptitud de la diligencia para el logro de las metas a las que aspira.

El artículo 203.1 del C.P.P. de Perú establece: “Las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior [que consagra el principio de “legalidad procesal” respecto de los actos de búsqueda de pruebas y restricción de derechos], deben realizarse **con arreglo al principio de proporcionalidad** y en la medida que existan suficientes elementos de convicción”.

Según una de sus acepciones, desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas a partir de la Segunda Guerra Mundial y de la promulgación de la

38 Cfr. Jacobucci, Guillermo J., “El principio de dignidad humana...” cit., p. 550.

39 Cfr. Jacobucci, Guillermo J., “El principio de dignidad humana...” cit., p. 551, con negrita agregada.

Ley Fundamental de Bonn,⁴⁰ con orígenes situados en el Derecho administrativo de policía, la regla de proporcionalidad comprende tres “subprincipios”:⁴¹ la **idoneidad**, la **necesidad** y la **proporcionalidad *stricto sensu***.

a. La medida limitativa debe ser **idónea** en el sentido de mostrarse como un **instrumento adecuado objetiva y subjetivamente para el logro de sus fines**,⁴² es decir, debe ser apropiada para alcanzar éstos, desde un punto de vista cualitativo (adecuación del *tipo de medida* para la consecución de su objeto), cuantitativo (adecuación del *alcance de la intrusión* que ella importa) y subjetivo (adecuación de la injerencia en función de las *características del sujeto* a quien se aplica).

Así, por ejemplo, parece adecuado permitir el allanamiento de la morada de la persona contra la cual se dirige una persecución penal, para lograr el secuestro de cosas que puedan servir como prueba, cuando existen “...motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito” (arg. artículo 203, primer párrafo, en función del artículo 204, C.P.P. de Córdoba⁴³).

b. La **necesidad** de la injerencia se da cuando ella resulta la alternativa menos gravosa para lograr el fin propuesto, e implica “la manifestación externa y comparativa de la proporcionalidad”.⁴⁴ En virtud de este principio, se

40 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949.

41 En este punto específico, sigo, en lo esencial, la exposición de Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 70 y 71.

42 En orden a los fines de las injerencias en el ámbito privado del imputado -consideradas ellas en general, como conjunto-, se puede sostener, en sintonía con lo ya anotado en el texto principal, que existe argumento para afirmar la **justificación teleológica** de estas medidas, en tanto y en cuanto aparecen como el medio dirigido a alcanzar la legítima finalidad de **afianzar la justicia** a través del descubrimiento de la verdad respecto del hecho delictuoso cuya comisión se endilga al imputado. Desde esta perspectiva, entonces, la **finalidad de las diligencias** de marras revestiría **legitimidad constitucional** (arg. Preámbulo de la Constitución Nacional), a la vez que relevancia social, desde que tienden a un objetivo -el ya mencionado de afianzamiento de la justicia- de innegable importancia para una sociedad democrática. Para las nociones de “legitimidad constitucional del fin” y “relevancia social del fin”, como requisitos del objetivo de la restricción de los derechos fundamentales, v. González-Cuellar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 101 y ss.

43 De significación equivalente es el artículo 214.1. del C.P.P. de Perú.

44 Cfr. Armenta Deu, Teresa, *Lecciones... cit.*, p. 70.

compara la diligencia que se pretende adoptar con otras posibles, de modo tal de hallar la menos lesiva para los derechos que integran la esfera personal del imputado.

Este requisito se vincula con el **principio de *ultima ratio*** que debe presidir la imposición de toda diligencia que se concrete en una injerencia en el ámbito privado del imputado.

A este respecto, el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal ("**Reglas de Mallorca**", 1990-1992), en su artículo 23, inciso 1º, expresan: "Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo, y sólo **cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito**, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado".

c. Finalmente, la **proporcionalidad *stricto sensu*** se relaciona con la necesidad de ponderar los intereses en conflicto a la hora de limitar el ejercicio del derecho fundamental de que se trate, de manera que se sopesen los intereses individuales (los del titular del derecho fundamental, generalmente) con el interés estatal que se pretende salvaguardar con la limitación.⁴⁵ Es, por cierto, una ponderación que se realiza sobre la base de las circunstancias del caso concreto y se encamina a determinar si la intrusión en el ámbito privado del encausado **guarda una relación proporcional** con la envergadura del interés estatal que se trata de salvaguardar (p. ej., derecho a la intimidad hogareña – interés de persecución penal).⁴⁶

El Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal ("**Reglas de Mallorca**", 1990-1992), establecen en su artículo 17, lo siguiente: "En relación con las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado".

3. Sin lugar a dudas, las principales dificultades, en el ámbito del derecho probatorio, se presentan en los casos de **injerencias en el ámbito personal del imputado no previstas expresamente por las leyes procesales** –p. ej., intrusiones estatales en la vida privada a través del empleo de medios audiovisuales–.

45 Cfr. Armenta Deu, Teresa, *Lecciones...* cit., pp. 70 y 71.

46 *Mutatis mutandis*, Armenta Deu, Teresa, *Lecciones...* cit., p. 176.

Pareciera que, de partida, esta sola circunstancia, esto es, la **falta de previsión normativa**, justifica la imposibilidad de valoración de la prueba obtenida a partir de tales intrusiones, puesto que concretiza la más elemental inobservancia del principio de legalidad en su manifestación formal.

De cualquier manera, tampoco debe soslayarse que las leyes procesales penales vigente, en su inmensa mayoría, consagran como regla general en materia probatoria, el denominado “**principio de libertad probatoria**”, conforme el cual *todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes* (arg. artículo 192 C.P.P. de Córdoba⁴⁷).

Con relación a los medios de prueba, este principio significa, no sólo que –salvo excepciones– no se exige la utilización de un medio determinado para probar un objeto específico, sino también que –y esto es lo que interesa destacar aquí en forma específica– **es posible hacer prueba tanto con los medios expresamente regulados en la ley como con cualquier otro no reglamentado**, siempre que sea adecuado para descubrir la verdad⁴⁸ (arg. artículo 303, inciso 1°, C.P.P. de Córdoba, en cuanto dispone que la investigación penal tendrá por objeto comprobar si existe un hecho delictuoso, “...mediante **todas** las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad”⁴⁹).

A partir de la vigencia coetánea en los códigos procesales de los principios de legalidad formal en materia de injerencias en la esfera personal y libertad probatoria, podría haber quien postule la aceptación de alguna intrusión en aquél ámbito, no obstante la falta de previsión legal de dicha diligencia.⁵⁰

47 El artículo 157 del nuevo C.P.P. de Perú, en lo que aquí interesa, prescribe: “1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible. 2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas”.

48 V., por todos, Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, con especial referencia a la ley 23.984, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 24 y 25.

49 El artículo 322.1 del nuevo C.P.P. de Perú refiere: “1. El Fiscal dirige la Investigación Preparatoria. A tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional. En cuanto a la actuación policial rige lo dispuesto en el artículo 65”.

50 **No me incluyo en el grupo de quienes así puedan pensar.**

Con todo, estimo, para el caso que se admitiera dicha posibilidad, **en modo alguno pueden flexibilizarse las exigencias que, respecto de tales medidas, impone el principio de legalidad en su sentido material.**

Conforme ello, la eventual aplicación de una diligencia no contemplada expresamente por la ley que traduzca determinada injerencia en la esfera privada de la persona penalmente perseguida deberá condicionarse a la satisfacción de los requisitos que plantea la “regla de legalidad material”, en función de sus criterios de **idoneidad, necesidad y la proporcionalidad *stricto sensu***. El órgano judicial, entonces, deberá proceder a una **valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto**, para determinar si se verifican en la emergencia las condiciones –propiciadas por el principio de legalidad en su sentido material- que permiten determinadas injerencias en los derechos fundamentales que conforman el ámbito privado del encausado. Sólo así podrá reconocérsela como una **medida legítima, no arbitraria y, por consiguiente, admisible.**

Es que, conviene recordar, el principio de legalidad en sentido material se desprende como natural corolario –a la vez que le sirve de medio para su efectiva realización– de un derecho de jerarquía constitucional que revista relevancia preponderante en relación con el individuo contra el cual se dirige una persecución penal: **el derecho a la dignidad humana.**

No parece superfluo añadir que, de alguna manera, ésta es la intelección que se ha seguido en importantes referentes judiciales del derecho comparado.

Así, por ejemplo, en Alemania, los casos en los que no hay en la Ordenanza Procesal Penal –Strafprozeßordnung– (StPO) ninguna disposición expresa que regule determinado medio de prueba que se materialice en una intrusión especialmente privada o íntima respecto del imputado, han sido tratados según reglas que el Tribunal Constitucional Federal –Bundesverfassungsgericht– (BVerfG) “... ha deducido directamente de los derechos fundamentales, reconocidos constitucionalmente, de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental) y del libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, apartado 1, de la Ley Fundamental)”.⁵¹

Hay que aclarar, sin embargo, que, en el marco de la doctrina del nombrado tribunal, resulta decisiva la “**teoría de los dos niveles**”, según la cual –y como explica Roxin–, “...debe diferenciarse entre

51 Cfr. Roxin, Claus, “La protección de la persona...” cit., pp. 148 y 149.

un ámbito nuclear dentro de la vida de una persona y el simple ámbito privado. Los medios de prueba referidos al ámbito más interno de la personalidad no pueden ser utilizados procesalmente, mientras que, en relación al resto del ámbito privado, el criterio judicial, respecto al uso de dicho medio de prueba, deberá decidir entre el interés estatal en la investigación o la protección de la persona”.⁵²

4. Como natural derivación de la garantía de legalidad, es posible sostener, aún, que la interpretación de las normas que contemplan estas diligencias debe responder a un estricto **criterio de taxatividad**, conforme el cual el órgano competente para ordenarlas queda limitado por los casos previstos expresamente por el legislador, no pudiendo crear una nueva forma de injerencia que sea más gravosa que la diseñada por aquél, ni combinar diferentes formas de intrusión en una sola cuando ésta última no ha sido prevista por el encargado de sancionar las leyes.⁵³

Así pues, los silencios de la ley en materia de injerencias al ámbito privado del imputado son importantes, pues ellos significan **zonas de no-intrusión en dicha esfera**.⁵⁴

5. A tenor del artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina y de los artículos 75, inciso 22, de la Ley Suprema, 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es una regla de jerarquía constitucional aquella que establece que **nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo** *–nemo tenetur se ipsum accusare–*.⁵⁵

Recuérdese que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han sido firmados y ratificados por Perú.

Por lo demás, su Constitución Política, en el artículo 2.24.h, refiere: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni

52 Cfr. Roxin, Claus, “La protección de la persona...” cit., p. 149.

53 *Mutatis mutandis*, Balcarce, Fabián I., *Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, p. 115.

54 *Mutatis mutandis*, Balcarce, Fabián I., *Medidas limitativas...* cit., p. 116.

55 El artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina contiene textualmente la fórmula presentada (“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”); los artículos 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una redacción equivalente.

sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

Se ha remarcado ya que el derecho del imputado a una esfera privada libre de injerencias y la mencionada **prohibición de la coacción estatal para lograr que el encausado se incrimine a sí mismo**, constituyen principios que deben diferenciarse.

Sin embargo, de igual modo se sostuvo que aquél derecho y esta prohibición trazan ámbitos de vigencia que habitualmente se influyen mutuamente.

En este sentido, parece difícil negar que, de ordinario, la coacción al imputado para que preste declaración contra sí mismo trae como consecuencia una injerencia en el ámbito privado del individuo, al mismo tiempo que, a menudo, la intrusión del Estado en el ámbito privado del encausado lleva a una auto-incriminación. Pero, insisto, **en modo alguno existe una relación necesaria entre una y otra**, ya que existen injerencias de dicha clase que no llevan ínsita violación alguna al principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*, y se dan vulneración a esta regla que no están asociadas con intrusión alguna en la esfera individual del imputado.

Con todo, y en lo que aquí me interesa destacar, en el examen de legitimidad de una determinada injerencia en la esfera privada del encausado deberá escudriñarse si, frente al caso concreto, una vulneración a la regla del *nemo tenetur se ipsum accusare* no importa, a la vez, la afectación indebida de alguno de los derechos que conforman dicho ámbito personal –p. ej., derecho a la intimidad de la correspondencia-, pues en tal supuesto la imposibilidad jurídica de justipreciar los elementos de convicción obtenidos a partir de tal proceder derivará como una **prohibición de valoración probatoria dependiente**, justamente, del derecho del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

De cualquier manera, siempre que pueda justificarse la existencia de una injerencia en el conjunto de los derechos que integran el núcleo íntimo del imputado –que incluso aparezca lesiva del principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*⁵⁶, que no esté legalmente prevista o, aun estándolo, que no se ajuste

56 ¿No sucede esto, por ejemplo, cuando se recurre a anotaciones escritas por un sospechoso de homicidio, en las que, sin referencia concreta al hecho, analiza sus conflictos internos y su inclinación a cometer hechos de violencia? El ejemplo es de Roxin, Claus, *Derecho...* cit., p. 203.

a los criterios que brinda el principio de legalidad en sentido material y resulte, por ello, violatoria del derecho a la dignidad personal, podrá afirmarse la concurrencia de una **prohibición probatoria independiente** que conduce inexorablemente a la absoluta imposibilidad jurídica de valoración de la prueba así recolectada.

Por otra parte, según mi parecer, es en esta sede de análisis –o sea, al estudiar la regla del *nemo tenetur se ipsum accusare*– donde corresponde escudriñar la eventual legitimidad de emplear **cierto grado de fuerza para obligar al imputado a tolerar alguna de estas injerencias** –v. gr., la extracción de sangre–.⁵⁷

El reducido ámbito de este artículo me impide adentrarme en la indagación de este asunto, pero no que señale que *prima facie* se me presentan como **argumentos de dudosa plausibilidad** aquellos que, para determinar tal eventual legitimidad, reparan en que la medida en cuestión exige al imputado una **conducta activa** o se bastan con su **mera pasividad**, y aquéllos que, a los mismos efectos, distinguen entre diligencias en las que el imputado interviene como **objeto de prueba** sobre el cual recae el poder estatal ocupado en el esclarecimiento de un presunto hecho delictuoso y supuestos en los que él actúa como verdadero órgano de prueba que ingresa el proceso el dato de

57 Sin perjuicio de que, como diré en el texto principal, no habré de ocuparme aquí de esta cuestión, traigo a colación las palabras de Córdoba y de Balcarce, imposibles de soslayar al momento de reflexionar sobre el asunto. La primera de los juristas nombrados asevera que “...no se puede obviar que muchas veces, cuando el imputado colabore en forma activa en su propia incriminación, no lo hará en forma libre, como exigiría el *nemo tenetur* para esta teoría, sino, simplemente, para evitar la aplicación de coacción directa sobre él. En efecto, cuando se le hace saber que no está obligado a colaborar activamente en una medida probatoria que puede conducir a su incriminación pero que, de negarse a hacerlo, de todos modos el examen será llevado a cabo de forma tal que él sólo tenga que tolerar su realización, y que, en caso necesario, si se resiste, su oposición puede ser vencida por la fuerza, naturalmente el imputado puede verse obligado a incriminarse activamente” (cfr. Córdoba, Gabriela E., “*Nemo tenetur se ipsum accusare*: ¿principio de pasividad?”, en AA.VV., *Estudios sobre la justicia penal –Homenaje a Julio B. J. Maier-*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 289). El segundo de estos autores, por su parte, refiriéndose a la extracción coactiva de sangre, pero mediante argumentos útiles también respecto del resto de las injerencias tratadas en el presente estudio, subraya: “...no estamos en contra de la pericial hematológica y reconocemos su trascendencia, pero siempre que esto no signifique convertir al proceso penal en una usina de violencia, en un instrumento de vejaciones, menoscabos físicos o dolores que incluso puedan exceder con creces la violencia ínsita en la nuda *extracción de sangre*” (cfr. Balcarce, Fabián I., “Extracción coactiva de sangre en el proceso penal”, en Arocena, Gustavo A. – Balcarce, Fabián I., *Análisis penal procesal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 140).

la realidad idóneo para producir conocimiento relevante para la reconstrucción conceptual de la verdad sobre el hecho contenido en la imputación.⁵⁸

Sólo puedo aseverar aquí, con Córdoba, que el impedir que el imputado sea reducido a “mero objeto” del proceso “...no parece ser un fundamento suficiente para distinguir entre actividad y pasividad como límite del ámbito de protección del principio *nemo tenetur*; pues, a decir verdad, este mismo argumento es aplicable a su colaboración pasiva: tanto es tratado como objeto quien es obligado a colaborar activamente en una medida probatoria determinada, como quien debe participar en ella, aunque más no sea en forma pasiva, en contra de su propia voluntad”.⁵⁹

Pienso que no resulta irrazonable defender una concepción del principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*, conforme el cual el imputado, además de no poder ser obligado a *declarar* contra sí mismo, tampoco pueda ser obligado, en general, a realizar ningún tipo de actividad que pueda contribuir a probar su culpabilidad, vale decir, **no pueda ser obligado a actuar en su contra**.⁶⁰

Pero este aserto, ciertamente, requiere una debida justificación que, como dije precedentemente, no me es posible llevar a cabo en este lugar.

58 Estimo oportuno mencionar que estos fueron, precisamente, algunos de los argumentos postulados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba para afirmar la legitimidad de la extracción coactiva de sangre a la persona penalmente perseguida. Dijo el Alto Cuerpo cordobés: “Por imperio de las normas constitucionales, el imputado no puede ser constreñido a producir pruebas en contra de su voluntad, pues aquéllas le reconocen la condición de sujeto incoercible del proceso penal. La garantía alcanza... a su **posible intervención como órgano de prueba**. Sólo cuando el imputado **actúe como objeto de prueba** podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal. Así sucederá cuando deba ser sometido a un reconocimiento (...), a una inspección (...), etcétera. Además, cuando la Constitución dice que «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo» prohíbe exigirle a la persona **actos positivos (acciones)** que, como sospechado de criminalidad o de otra infracción punible, de alguna manera la perjudiquen. Son actos positivos las manifestaciones, las explicaciones, las determinaciones o decisiones” (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 20, 22/3/2001, “**Oliva**”, síntesis publicada en Pensamiento Penal y Criminológico, año II, n° 2, Mediterránea, Córdoba, 2001, p. 443, con negrita añadida). En esta misma resolución, la Casación de la provincia mediterránea enfatizó: “La inspección o examen del cuerpo de la persona por un tercero **no es un acto positivo o acción de aquélla**, sino un acto del tercero, no es una expresión de voluntad de la persona inspeccionada o examinada, y el art. 18 Constitución de la Nación Argentina no veda la obligación de someterse a actos de prueba que involucren la persona física del sospechado” (T.S.J., de Córdoba, Sala Penal, “**Oliva**” cit., p. 443, con resaltado agregado).

59 V. Córdoba, Gabriela E., “*Nemo tenetur...*” cit., p. 290.

60 Cfr. Córdoba, Gabriela E., “*Nemo tenetur...*” cit., pp. 280 y 281.

6. Regresando a los requisitos formales que condicionan la legítima procedencia de estas diligencias, conviene subrayar que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos constitucionales –como, por ejemplo, el español,⁶¹ la legislación constitucional nacional argentina no incluye norma alguna que reclame que estas medidas **sean adoptadas mediante resolución u orden de autoridad competente**.⁶²

En el caso del Perú, la cuestión es diferente, al menos en lo que concierne a las injerencias respecto del domicilio y las comunicaciones y documentos privados.

En efecto, el artículo 2 de la Constitución Política de este país expresa –como hemos visto ya- que nadie puede ingresar en el domicilio ni efectuar investigaciones o registros “...sin autorización de la persona que lo habita o **sin mandato judicial**, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración” (inciso 9); y que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos “...**por mandamiento motivado del Juez**, con las garantías previstas en la ley” (inciso 10).

Por consiguiente, no puede afirmarse en Argentina la vigencia constitucional de una tal exigencia formal respecto de toda intrusión en los derechos que atañen al ámbito privado de las personas,⁶³ aun cuando se estime plausible –como expresión de una “**garantía de jurisdiccionalidad**”, si cabe la expresión– que las normas infraconstitucionales consagren inequívocamente y de modo expreso dicha condición.⁶⁴

- 61 La **Constitución Española**, en su artículo 18, refiere: “[...] 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o **resolución judicial**, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, **salvo resolución judicial**”. Las negritas son agregadas.
- 62 Conforme se verá *infra*, la situación es diferente en el **ordenamiento jurídico infraconstitucional**, habida cuenta que las leyes de enjuiciamiento criminal condicionan la concreción de este tipo de injerencias, al previo dictado de una resolución dimanada de autoridad competente.
- 63 Sí existe en la Constitución de la Nación, en cambio, el requisito de “**orden escrita de autoridad competente**” para llevar a cabo el arresto –privación de la libertad- de una persona (artículo 18).
- 64 Según se adelantó, las leyes de procedimiento penal, con innegable acierto, consagran la necesidad de resolución (judicial) fundada para la procedencia de algunas de estas injerencias. Así, *verbi gratia*, el C.P.P. de Córdoba dispone –cito sólo unos pocos ejemplos- que, en los casos expresamente previstos para cada una de estas diligencias, el registro

Una situación semejante se presenta en el **derecho español**, respecto de las **inspecciones e intervenciones corporales**, pues, a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal –tales como las entradas y registros en domicilio (artículo 18.2 Constitución Española), la intervención de las comunicaciones (artículo 18.3 Constitución Española), etcétera-, “...no existe en la Constitución [de ese país europeo] en relación con las [mencionadas] inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y a la integridad física (art. 18.2 C.E.), reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que [señala la **sentencia del Tribunal Constitucional (Español) de 16 de diciembre de 1996**] se plantea el problema relativo a si sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial”.⁶⁵

A tenor de la citada resolución, la “...exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta... aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional a favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.⁶⁶

de un lugar se ordenará “por decreto fundado” (artículo 203); la requisita personal, también “por decreto fundado” (artículo 208); la interceptación de correspondencia “por decreto fundado” de un Tribunal (artículo 214); y la intervención de comunicaciones, por la misma clase de resolución, procedente de igual clase de órgano judicial (artículo 216). A su vez, el artículo 203 del nuevo C.P.P. de Perú, al establecer los presupuestos de las medidas que se disponen cuando resulta indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, prescribe: “1. (...) La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público. 2. Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados”.

65 Para el citado pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Español), v. López Barja de Quiroga, Jacobo, *Instituciones de derecho procesal penal*, Akal/Iure, Madrid, 1999, p. 318 y ss; para el pasaje transcrito, p. 323.

66 Sentencia del Tribunal Constitucional (Español) de 16 de diciembre de 1996, en López Barja de Quiroga, Jacobo, *Instituciones... cit.*, p. 323.

VI. Consecuencias que, en el ámbito del derecho probatorio, deben seguir a la inobservancia de los presupuestos genéricos básicos para la legítima intrusión en la esfera personal del imputado

Expuestos estos presupuestos genéricos para la legítima intrusión en la esfera personal del imputado, y previo a concluir este escrito, corresponde hacer una referencia –al menos, breve- acerca de las consecuencias que, en el ámbito del derecho probatorio, deben seguir a la inobservancia de tales requisitos básicos.

El C.P.P. de Córdoba, al igual que la gran mayoría de las leyes de enjuiciamiento criminal vigentes, establece que *carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales* (artículo 194, primera disposición), como así también que *la ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella* (artículo 194, segunda disposición).⁶⁷

Esta norma reglamenta la **garantía constitucional del artículo 41, párrafo tercero, de la Ley Suprema de la nombrada provincia argentina**, en cuanto señala: “Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella”.

A su vez, y como es sabido, esta disposición constitucional recepta las denominadas “**regla de exclusión**” y la “**doctrina del fruto del árbol venenoso**”, cuyo origen se encuentra en la doctrina de los tribunales de Estados Unidos. En efecto, la “regla de exclusión” fue aplicada por primera vez allí, en los tribunales federales, en 1914 –en el caso *Weeks v. United States*, 232 US 383–, y en los estatales, como imperativo constitucional, en 1961 –en el precedente *Mapp v.*

67 El artículo VIII del Título Preliminar del nuevo C.P.P. de Perú asevera: “Legitimidad de la prueba: 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”. El artículo 159 de este mismo digesto refirma esta estipulación manifestando lo siguiente: “El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Ohio, 367 US 643. Los antecedentes de la “doctrina del fruto del árbol venenoso”, en cambio, deben buscarse, primero, en *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 US 385 (1920), y, con posterioridad, en *Nardone v. United States*, 308 US 338 (1939), en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos empleó por primera vez la locución “*fruit of the poisonous tree*”.⁶⁸

De tal suerte, y establecido, como lo fue en este trabajo, que el imputado goza de un verdadero derecho a la **máxima reducción posible de toda injerencia estatal en su esfera personal**, cualquier imposición de una tal intrusión que inobserve los citados presupuestos genéricos de legitimidad de dichas medidas, debe conducir inexorablemente a una **prohibición de valoración probatoria**.⁶⁹

Nadie podrá negar que es intolerable que el Estado saque provecho de injerencias ilegítimas en el ámbito privado de la persona sometida a proceso penal, por lo que una intrusión llevada a cabo sin respeto a las condiciones que requiere la **validez constitucional** de esta clase de diligencias no puede aceptarse como válida para producir conocimiento relevante para el proceso penal.

En estas hipótesis, pues, y conforme se ha dicho ya en los párrafos precedentes, se está frente a una **prueba prohibida** que, en cuanto tal, no puede ser valorada en ningún caso. Si la intrusión en el ámbito privado del imputado no satisface los presupuestos de legitimidad de tales injerencias que impone el ordenamiento constitucional, sólo de eso puede tratarse, y no de una mera **prueba ilícita**, pasible de valoración en determinadas circunstancias.

68 Para un estudio de la aplicación de la “regla de exclusión” y de la “doctrina del fruto del árbol venenoso” en Argentina, v. Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 151 y ss.

69 Con específica referencia al registro domiciliario, al allanamiento y la requisa personal, Ayán y Balcarce, tras asevera que, por tratarse de medidas que atentan contra derechos individuales fundamentales (domicilio, otros lugares amparados aun cuando no enumerados o la intimidad corporal inmediata), deben ser dispuestos por decreto fundado, bajo pena de nulidad (arts. 203 y 208 C.P.P. de Córdoba), puntualizan: “Si estos actos fueran dispuestos con otra resolución, fuera de los casos expresamente previstos (arts. 204, 205, 206 y 208 C.P.P. [de Córdoba]) o sin las formalidades para su ejecución (art. 45 Const. Pcial. [de Córdoba]; arts. 207 y 209 C.P.P. [de Córdoba]), vale decir, violando garantías constitucionales, **carecerían de toda eficacia probatoria**” (cfr. Ayán, Manuel N. - Balcarce, Fabián I., “Registro domiciliario, allanamiento y requisa”, en Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, n° 3, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1998, p. 96, con negrita que no obra en el original).

VII. Palabras finales

Para concluir este texto, me permito la confesión de una frustración.

Como dije al comienzo, he pretendido sólo la presentación de los **principios insoslayables para la legítima aceptación de cualquier injerencia estatal en el ámbito privado** de una persona sometida a persecución penal.

No sé si he logrado tal cosa.

Pero, incluso en el improbable caso de haberlo hecho, albergo enormes dudas sobre la **eventual utilidad del producto**.

Es que, según lo ha sabido expresar atinadamente Muñoz Conde, el tema de la valoración de las pruebas directa o indirectamente obtenidas mediante vulneración de derechos fundamentales admite muchas matizaciones, sobre todo **si se tiene cuenta que la casuística de las situaciones que pueden presentarse es inabarcable**⁷⁰, y la casuística, justamente, es lo que he decidido evitar al emprender la elaboración de este escrito.

Bibliografía

- Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Ayán, Manuel N. - Balcarce, Fabián I., “Registro domiciliario, allanamiento y requisa”, en Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, n° 3, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1998.
- Balcarce, Fabián I., “Extracción coactiva de sangre en el proceso penal”, en Arocena, Gustavo A. – Balcarce, Fabián I., *Análisis penal procesal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.
- , “Intercepción de correspondencia e intervención de comunicaciones”, en Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, n° 4, nueva serie, publicación del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1999.
- , *Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002.
- Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, con especial referencia a la ley 23.984, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- , *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983.
- Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

70 V. Muñoz Conde, Francisco, “Prueba prohibida y valoración...” cit., p. 382.

- Córdoba, Gabriela E., “*Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*”, en AA.VV., *Estudios sobre la justicia penal –Homenaje a Julio B. J. Maier-*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- De Luca, Javier A., “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho Penal, “Garantías constitucionales y nulidades procesales – I”*, 2001 - 1, Edgardo Alberto Donna –director–, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2001.
- González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853 – 1860)*, actualizado por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la Constitución de 1994, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- González-Cuellar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- Jeschek, Hans-Heinrich – Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, quinta edición corregida y ampliada, Comares, Granada, 2002.
- Hassemer, Winfried, “La policía en el Estado de Derecho”, en Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Instituciones de derecho procesal penal*, Akal/Iure, Madrid, 1999.
- Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- Mans Puigarnau, Jaime M., *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1969.
- Muñoz Conde, Francisco, “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, en AA.VV., *Estudios sobre la justicia penal –Homenaje a Julio B. J. Maier-*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- , “La protección de la persona en el Derecho procesal penal alemán”, en Roxin, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- Viada López-Puigcerver, Carlos, *Lecciones de derecho procesal penal*, Imprenta Alpe, Madrid, 1950.
- Yacobucci, Guillermo J., “El principio de dignidad humana en el sistema penal”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, Pedro J. Bertolino – Gustavo A. Bruzzone (compiladores), Nicolás F. D’Albora (coordinador), LexisNexis – Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA, EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DEL EXPANSIONISMO PENAL

Por *Mayda Goite Pierre** y *Arnel Medina Cuenca***

“... hay una pena de muerte también aleatoria por ningún delito, porque alrededor del 70% de los presos de la región no están condenados, sino sometidos a medidas cautelares (prisión preventiva). De esta cifra, entre el 20% y el 25% será absuelto o sobreseído, o sea, que se halla en prisión por nada y para nada”.

(**Eugenio Raúl Zaffaroni**, *La cuestión criminal*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2012, p. 313.)

Sumario: I. Introducción. II. La valoración de las reformas procesales en la era de la globalización y del expansionismo penal. III. Prisión preventiva. IV. Las influencias externas en la aplicación de la prisión provisional. A modo de conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

La vigencia de los principios limitativos del derecho de castigar o *ius puniendi*, que se erigen como escudos protectores para evitar los excesos de los Estados, en la aplicación del poder punitivo y que han sido consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos y en las constituciones y leyes nacionales, se encuentra muy cuestionada en los inicios del siglo XXI, de la mano de la denominada sociedad de riesgo y la aparición de fenómenos delictivos congruentes con ello, que están requiriendo de una política criminal, en la que se logre la necesaria armonía entre la necesidad de adaptar las normas penales y de procedimiento al surgimiento de nuevos intereses de protección o la revalorización de algunos ya existentes y la necesidad de garantizar la vigencia de un proceso penal garantista y respetuoso de los derechos fundamentales.

Determinar cuáles son estos nuevos intereses y la forma en que serán protegidos con el poder punitivo del Estado, se torna un ejercicio muy complejo, que se va a interpretar de acuerdo a los programas de los partidos políticos y las presiones de la empresa privada y la sociedad civil. Desde los medios de comunicación, que generalmente responden a los mencionados intereses, se responsabiliza a los códigos penales y las leyes procesales que surgieron de las profundas reformas que se realizaron en nuestra región, desde la última década del pasado siglo, con la violencia, la inseguridad ciudadana y otros males sociales y las medidas adoptadas para reducir los niveles de prisión provisional y la cuantía de las penas privativas de libertad, pasan de la letra de la ley a ser objeto de críticas en los programas de gobierno de los candidatos presidenciales y también de los aspirantes a diputados, senadores, alcaldes, concejales y otros cargos públicos a los que se accede por elección popular. Con los nuevos gobiernos se inicia un proceso paulatino de desmontaje de las garantías penales y procesales que con tanto esfuerzo se han construido con la contribución de numerosos hombres y mujeres de buena voluntad.

Tal parece que la vida de nuestros países va a depender de ahora en adelante solo de la aprobación de leyes especiales, nuevas tipicidades delictivas, largas penas privativas de libertad, incremento del rigor penitenciario y sobre todo de la reducción de las garantías penales y procesales que con rango constitucional y afianzada en el Derecho internacional, constituyen los cimientos del Estado social y democrático de Derecho.

El profesor Zaffaroni, ha expresado al respecto que las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, sino el resultado de la experiencia de la humanidad acumulada en casi un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de todas las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que el poder punitivo descontrolado emprendiendo empresas genocidas causó más muertes y dolor que las propias guerras.¹

1 * Profesora Titular de Derecho Penal y Decana de la Facultad de derecho de la Universidad de La Habana y presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. mayda@lex.uh.cu

** Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de La Habana y vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. arnel@lex.uh.cu

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Globalización y Crimen Organizado", en *Conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)* en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007, disponible en World Wide Web http://www.alfonsozambano.com/doc-trina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf (accedido el 26/3/2015 a las 11:00).

Las reformas penales y procesales, son también producto del propio desarrollo de la sociedad, en que las condiciones de la modernidad y la incidencia de la globalización, han producido un aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sistema de justicia penal y debido a que los procesos tradicionales no fueron diseñados para funcionar en esta escala grandemente ampliada, ha surgido la necesidad de racionalizar el esquema procesal. La justicia, que cuenta con recursos limitados, debe ser “racionada” y en este contexto, el proceso penal, no ha sido ajeno a las presiones intensas a favor del cambio, en lo que ha incidido también, la necesidad de responder a las exigencias del debido proceso, en el marco de la protección de los derechos humanos. Ahora la preocupación se ha consagrado en los instrumentos básicos para la protección internacional de los derechos humanos, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos. Muchas constituciones y legislaciones a nivel nacional han seguido esta tendencia, y manifiestan mayor sensibilidad y comprensión que antes por el trato adecuado de los individuos que se encuentran involucrados en un proceso penal.²

Las reformas para instituir el debido proceso son motivadas algunas veces más por el deseo de evitar conflictos con los estándares legales internacionales que por el deseo de llevar a cabo un cambio real en la práctica procesal. Sin embargo, a pesar de esta tendencia, en un número cada vez mayor de estados, las reformas para garantizar el debido proceso ya no pueden ser un gesto vacío por parte del legislador: las personas cuyos derechos humanos han sido violados tienen cada vez más posibilidades de reivindicarse ante los tribunales constitucionales de sus propios países o, en algunas partes del mundo, ante tribunales internacionales.³ No es nada fácil resolver la tensión resultante y encontrar un equilibrio aceptable entre los factores pragmáticos e ideológicos. Por lo tanto, no debe sorprender que la insatisfacción con los sistemas existentes de proceso penal se encuentre en casi todas partes, tanto en países que pertenecen a la tradición angloamericana (o *common law*) como en los países que pertenecen a la tradición de Europa continental (o derecho civil). Las voces del descontento pueden incluso ser escuchadas en países

- 2 Damaska, Mirjan, “Aspectos globales de la Reforma del Proceso Penal”, p. 1, disponible en World Wide Web http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_31.pdf (accedido el 26/3/2015, a las 20.00).
- 3 Ídem, El profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, Connecticut, Estados Unidos, señala como ejemplo la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo.

como Inglaterra y Francia, cuyos procedimientos penales sirvieron de inspiración para los arquitectos de los sistemas contemporáneos de justicia penal.⁴

Por otra parte, la seguridad ciudadana, es un tema delicado que preocupa a muchos tomadores de decisión y repercute al calor de las campañas electorales.⁵ No es de extrañar que el tema haya escalado en América Latina hasta convertirse en la principal preocupación pública en muchos países, ya que se refleja en determinados indicadores requeridos para alcanzar el desarrollo humano.⁶

Ante este panorama, se impone la necesidad de que, al mismo tiempo que se combate la delincuencia y sus manifestaciones ligadas al crimen organizado, respetando los derechos de los procesados, que han sido consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales y en las constituciones y los códigos penales y procesales, se avance también en la investigación científica de manera que se puedan proyectar estrategias nacionales y locales que incluyan, entre otras, medidas de inclusión social y proyectos comunitarios que sitúen a la prevención del delito en el centro de su actividad.

La mira hay que situarla en el tipo de sociedad que necesitamos para que al menos las futuras generaciones, tengan la opción de vivir un clima de paz y armonía, en el que sin llegar a prescindir del Derecho penal y de la utilización del poder punitivo del Estado, los niveles de violencia se tornen tolerables y los conflictos sociales más graves, puedan ser sustituidos por la solidaridad, la igualdad y la libertad, en armonía con un Derecho punitivo verdadero protector de todos los Derechos Humanos, y una educación y compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incomprensible de bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos la vida.⁷

4 *Ibidem.*

5 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014, p. 5, disponible en World Wide Web <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf> (accedido el 8/2/2015, a las 23.00). Lamentablemente en los primeros trece años del siglo XXI en la gran mayoría de los países de la región y de forma destacada en Guatemala y El Salvador, el tema de la mano dura contra la delincuencia ocupa un lugar demasiado destacado en las campañas electorales, lo que por lo general impide la adopción de políticas de inclusión social y otras medidas preventivas, que de conjunto podrían contribuir a disminuir los actuales niveles de violencia y de inseguridad ciudadana.

6 Ídem, p. III.

7 Morillas Cueva, Lorenzo, “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 4. 22 de abril de 2002, p. 1. disponible en

II. La valoración de las reformas procesales en la era de la globalización y del expansionismo penal

Para Berzosa y Martínez, la globalización de los intercambios, el aumento de las inversiones directas de las multinacionales en el extranjero y la integración mundial de los mercados financieros, ha llevado a la internacionalización económica y a la intensificación de los flujos socioeconómicos a través de todo el planeta, pero también a una polarización a nivel mundial entre ricos y pobres dentro del Estado y, aún más, entre Estados ricos y Estados pobres a nivel global.⁸

Coincidimos con Terradillos Basoco, en que la globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles.⁹

En la era de la globalización y la sociedad de riesgo, se ha generalizado a nivel mundial, y también en Latinoamérica, una tendencia a un expansionismo acelerado del poder punitivo del Estado, como consecuencia de la aplicación de políticas de excesiva represión de la actividad delictiva que no distinguen entre los crímenes verdaderamente violentos e intolerables para la sociedad y aquellos, que por sus características y las causas que los generan, podrían tener un tratamiento menos represivo. El mismo se encuentra caracterizado por la creación constante de nuevas figuras delictivas, la promulgación de leyes especiales y sobre todo, la elevación de las penas privativas de libertad y del rigor en las condiciones de reclusión, que lejos de disminuir los niveles de la delincuencia, lo que ha logrado es incrementar significativamente su grado de violencia y agresividad.

Resulta necesario adaptar el sistema penal a la autonomía lograda por la economía en relación con la política; con el surgimiento de nuevas estructuras

World Wide Web http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html (accedido el 22/3/2015, a las 11.30).

- 8 Berzosa, Alfonso, Martínez, Carlos, “Los efectos de la globalización y propuestas alternativas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. V, 2002, disponible en World Wide Web <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/pjpublicaciondetallada.html&Identificador=CD0200503&dkey=5566&TableName=PJPUBLICACIONES&Criterio=colecciones> (accedido el 22/4/2015, a las 11.00).
- 9 Terradillos Basoco, Juan, “Sistema penal y criminalidad internacional”, en Nieto Martín (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001, p. 309.

de decisión en el ámbito planetario; con las alteraciones sufridas por las empresas, sectores, regiones, países y continentes en materia de competitividad. Así mismo, se vincula con la “desnacionalización” de los derechos, la “desterritorialización” de las formas institucionales, y la descentralización de las estructuras políticas del capitalismo; la estandarización de las prácticas comerciales en el ámbito mundial, la desregulación de los mercados de capitales, la interconexión de los sistemas financiero y de seguridad a escala global, la reasignación geográfica de las inversiones productivas y la volatilidad de las transacciones especulativas, entre otros escenarios, en que se desarrolla la sociedad del siglo XXI, como el vertiginoso desarrollo de las comunicaciones, la proliferación de los movimientos migratorios y los cambios radicales en la división internacional del trabajo; o a la estructura político-económica multipolar.¹⁰

El fenómeno de la globalización con sus riesgos y contradicciones, nos muestra el dilema entre un Derecho penal máximo y un Derecho penal mínimo, que encamina a la legislación penal y procesal hacia una de las dos posiciones, o nos aferramos a continuar apegados al Derecho penal clásico, o buscamos formulas compatibles con los principios y garantías penales y procesales, que nos permitan enfrentar la transnacionalización de la delincuencia, cada vez más globalizada, en las nuevas condiciones, en un mundo en el que las grandes empresas transnacionales y los bloques económicos se proyectan como sustitutos del Estado en la conducción de los destinos de la humanidad.

En el Siglo XXI, motivado por los acontecimientos que han conmovido los cimientos de las estructuras del poder mundial, como el ataque terrorista a las Torres Gemelas de *Nueva York*, el 11 de septiembre de 2001 y otros que le sucedieron en la central ferroviaria de Atocha, España, el 11 de marzo de 2004, en el Reino Unido, en 2005, Bombay, India, 2006 y Pakistán, 2007, se aprecia una tendencia creciente al expansionismo del Derecho penal y en materia de política penal y penitenciaria, se apuesta por una concepción más amplia de los fines de las actuaciones políticas y jurídicas del Estado en relación con la delincuencia, considerando no sólo a la prevención de la delincuencia, sino también al objeto de controlar todas sus consecuencias, lo que se valora como positivo, pero lamentablemente viene acompañado de un creciente abandono de los principios limitativos del derecho de castigar del Estado, que son el resultado de las luchas que ha tenido que librarla humanidad, durante siglos, como señalamos *supra*, incluidos los horrores de las dos guerras mundiales.

10 Vid, Velázquez V, Fernando, *Globalización y Derecho Penal*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, p. 2, disponible en World Wide Web https://www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/articulos/a_20080527_34.pdf (accedido el 2/5/2015 a las 14.00).

En la primera década del nuevo siglo y los años siguientes, se ha producido un proceso creciente de elevación de las penas de prisión y la pobreza o el desarraigo social hacen que los delincuentes eviten por todos los medios ingresar en prisión, aun a costa de eliminar los testigos. Sus delitos son cada vez más violentos, innecesariamente violentos, salvo para evitar identificaciones posteriores y destruir pruebas como consecuencia de una política de castigo penitenciario desmesurado incluso para delitos mínimos, que tiene como resultado una ampliación de la violencia en la sociedad y la aparición de una delincuencia ultraviolenta, lo que se traduce en un mayor hacinamiento carcelario y más presión sobre los gobiernos desde la empresa privada y la sociedad, para buscar soluciones, que no siempre se corresponden con una estrategia de enfrentamiento a las bandas criminales científicamente elaborada y coherente con la realidad social. De lo que se trata, es de responder también a la violencia estatal, con más violencia.

El expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal y las largas condenas de prisión, no siempre por violaciones demasiado graves de las normas de convivencia, sin que el hacinamiento carcelario parezca importarles demasiado a los que diseñan y aplican la política criminal, especialmente en América Latina, le dan toda la razón a Galeano, cuando en una conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996, al referirse a la situación de los presos en América Latina expresó que "...las dictaduras militares ya no están, pero las frágiles democracias latinoamericanas tienen cárceles hinchadas de presos. Los presos son pobres, como es natural, porque solo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos. Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata, en su gran mayoría presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno de Dante parece cosa de Disney. Continuamente estallan motines en estas cárceles que hierven. Entonces las fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y de paso matan a todos los que pueden, con lo que se alivia la presión de la superpoblación carcelaria hasta el próximo motín".¹¹

- 11 Galeano, Eduardo, "El sacrificio de la justicia en los altares del orden", Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996), *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Diciembre de 1997, Año 12, No. 14, pp. 3-7., disponible en World Wide Web <http://www.cienciaspenales.org/index.php?page=revistas> (accedido el 19/4/2015, a las 22.00).

Esta situación, con relativa frecuencia en los últimos años, lejos de mejorar tiende a agravarse por los efectos negativos de la globalización neoliberal, y las políticas de ajustes estructurales que vienen obligadas a aplicar los Estados, conforme a las fórmulas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, que con muy pocas excepciones, para nada favorecen las reformas penitenciarias, que con muchos esfuerzos han emprendido algunos Estados, pues los costos que ocasiona el sistema carcelario están precisamente enmarcados entre los que es necesario ajustar para disminuir el gasto público.

En este contexto ha continuado la expansión de otro fenómeno muy controvertido para el tratamiento de los privados de libertad, la privatización de las prisiones, que se ha ido abriendo paso de manera creciente, en los países más desarrollados, desde la década de los ochenta del pasado siglo, de manera que ahora tenemos un delincuente público, que ha sido privado de libertad por el propio Estado, en el uso de su facultad punitiva y una empresa privada, con intereses distintos a los fines de resocialización del delincuente, que incluye la formación profesional en algún oficio útil y su preparación para que en el futuro puedan asimilar las condiciones de trabajo en libertad.

Para combatir a los traficantes de armas, drogas y seres humanos, que junto al terrorismo, la corrupción y otros males, se encuentran en el centro de la preocupación de los gobiernos, los partidos y la sociedad civil, un sector de la doctrina penal y criminológica, considera necesaria la promulgación de normas penales de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales, por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.

El denominado Derecho penal del enemigo, se ha convertido en el principal argumento de los que consideran que con más cárceles, nuevas tipicidades delictivas, mayor utilización de la prisión provisional en los procesos penales y sanciones de mayor severidad, serán resueltos los graves problemas que enfrenta la humanidad con el incremento de la violencia y la presencia de las bandas criminales en todas las esferas de la vida.

El principal exponente de la teoría del Derecho penal del enemigo, es el jurista alemán Günther Jakobs, quién distingue dos regulaciones, del Derecho penal, dos modos de proceder con los delincuentes: el trato con el “ciudadano”, en el que se espera a que cometa el delito para reaccionar, viéndole como persona que ha infringido el pacto, pero que no persiste en ello, manteniendo el status de persona; y el trato con el “enemigo”, que se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de persona, y que por ello debe ser interceptado y combatido antes por su peligrosidad, una custodia

de seguridad anticipada que se denomina “pena”, por tratarse de individuos que hay que coaccionar para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico.¹²

En palabras del propio Jakobs, “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”.¹³ Para él, es tan legítima la pena como contradicción por la comisión de un delito, que la pena como eliminación de un peligro, pues el enemigo debe ser excluido. Porque en estos casos la función de la pena no es la coacción dirigida contra la persona en derecho, sino la de combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad.

Ello tiene dos consecuencias claras: el adelantamiento de la punición equivalente al *status* de un hecho consumado –lo que supone en ocasiones inculpar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico–, pero sin que suponga reducción alguna de la pena, con la correspondiente desproporción; y la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales, sobre todo las derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan porosos y ambiguos que permiten hablar de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que de él se desprende.¹⁴

El Derecho penal del enemigo que se convierte en un Derecho de guerra, un nuevo formato que configura una legislación penal y procesal preventiva que sólo atiende a la eliminación del riesgo generado por el “individuo peligroso” a través de medidas de seguridad.¹⁵ Porque la finalidad última no es sino una: la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado.¹⁶ Porque todo vale en la guerra contra

12 Vid, Sanz Mulas, Nieves, “De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de GüntherJakobs, El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.14, 2012 p. 10, disponible en World Wide Web <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf> (accedido el 25/4/2015, a las 22.00).

13 Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G.-Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p.40.

14 Sanz Mulas, Nieves, *op cit*, p. 11.

15 Portilla Contreras, Guillermo, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Portilla Contreras, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía – Akal, Madrid, 2005, pp.241y ss.

16 Ídem, p. 251.

los enemigos. Enemigos que si son terroristas son aún más enemigos, y las justificaciones llegan todavía más lejos.¹⁷

Para Sanz Mulas, existen dos diferencias entre el Derecho Penal y del Derecho penal del enemigo, y que cabe en consecuencia reprochársele a este último: una, el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza (excluye) a determinados grupos de infractores; dos, el Derecho penal del enemigo es un claro derecho penal del autor.¹⁸

El expansionismo del Derecho Penal reflejando especialmente en la multiplicación de tipos legales, el adelantamiento de la ilicitud a las etapas preparatorias y el aumento de penas, se amalgama con un Derecho penal simbólico entroncado en el denominado Realismo de Derecha. Así, se apela a una normativa abstracta que busca tranquilizar a la opinión pública mediante producciones legislativas que de antemano son de imposible cumplimiento.¹⁹

A las leyes penales y procesales no se les reconocen, conforme a los postulados de estas posiciones extremas, otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión pública, o sea, un efecto figurado, con lo cual se acaba en un Derecho penal de riesgo simbólico, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, más claramente, se miente, dando lugar a un Derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideología.²⁰

Estamos retornando al denominado Derecho penal de autor, a las medidas de seguridad, los tipos penales abiertos y otros males que ya parecían superados, como resultado de los esfuerzos de cientos de miles de hombres y mujeres de buena voluntad, que, como señalamos *supra*, en diferentes épocas han contribuido al reconocimiento universal de los derechos humanos fundamentales.

Respecto del fin general de la Política Criminal, puede decirse que es la realización de los derechos fundamentales; no obstante, se discute si es un fin jurídico o social. Si se dice que es la vigencia material de los derechos funda-

17 Sanz Mulas, Nieves, *op cit*, p. 11.

18 Ídem, p. 15.

19 Javier Rua, Ramiro, "El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador", en *Revista Crítica Penal y Poder*, No. 3. 2012. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, p. 61, disponible en World Wide Web <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/3480/6726> (accedido el 15/4/2015, a las 9.00).

20 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Eugenio y Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 352.

mentales reconocidos, se parte de una concepción del Estado Social y Democrático de Derecho y de los derechos fundamentales que lo sustentan como principios guías a partir del cual se legitima la coerción de los poderes públicos y toda su actuación pública, y por lo tanto, también sus actuaciones políticas y jurídicas. En suma, toda Política Criminal tendrá que ser necesariamente el modelo de Estado personalista de realización positiva de los derechos fundamentales y limitado negativamente en su actuación por el respeto de éstos por encima de cualquier interés general. Además debe señalarse que el reconocimiento de los derechos fundamentales y la construcción del Estado Democrático de Derecho que la acompaña como paradigmas del derecho legítimo, obedece a que ambos conceptos representan la más importante invención de Occidente.

Los derechos fundamentales y el concepto de Estado de Derecho constituyen una legitimación axiológica. Los derechos fundamentales concebidos como paradigma de legitimidad del derecho vigente y de la actuación de los poderes públicos deben entenderse con los caracteres tradicionalmente atribuidos a los derechos humanos, sólo que están positivizados: igualdad, universalidad, indisponibilidad, atribución *ex lege* rango constitucional, por ello se encuentran supraordenados en las normas jurídicas.²¹

La naturaleza jurídica de la potestad punitiva del Estado, o “*ius puniendi*”, que con frecuencia se ha denominado como un derecho subjetivo del Estado, en la actualidad, “ha de considerarse indiscutible que no se trata del ejercicio de ningún derecho subjetivo, sino de las funciones que corresponden al Estado en virtud del pacto social traducido en la Constitución. El poder de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias, y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos”.²² Por muy difícil que se presente la lucha contra el terrorismo internacional y el crimen organizado en la era de la globalización, las soluciones no podremos buscarlas en más delitos, aplicación indiscriminada de la prisión provisional, mayores penas y reglas más rigurosas para la excarcelación anticipada de los privados de libertad. Es evidente que ese no es el camino correcto.

En este escenario, resulta compleja la lucha por la disminución de la prisión provisional, las alternativas a la privación de libertad, la intervención míni-

21 *Ibidem*, p. 103.

22 Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Segunda Edición, adaptada al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996, p.102.

ma, la proporcionalidad de la pena y la resocialización de los sancionados, en la tarea de darle continuidad a los avances que se habían logrado desde la segunda mitad del pasado siglo, cuando el tratamiento penal adoptó una amplia variedad de formas, que incluían la despenalización de las conductas de escasa peligrosidad social, menor aplicación de la prisión preventiva, mayor racionalidad en la determinación de la cuantía de las penas y medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad, entre otras acciones, encaminadas a lograr una política penal, en la que los propósitos enunciados desde la doctrina, sobre el cumplimiento del principio de humanidad de las penas, se tenían en cuenta, en mayor grado por los poderes legislativo y judicial.

El Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional, tendrá que ser más garantista e impedir que se flexibilicen las reglas de imputación y se tornen relativas las garantías político-criminales de corte sustantivo y procesal; deberá ser más humano, más respetuoso de los Derechos inalienables de la persona, para contar con una percepción social positiva y con el apoyo decidido de los ciudadanos, más allá de una adecuada configuración normativa y de una infraestructura y dotación idóneos. Habrá de ser un Derecho penal que pueda responder a las expectativas de los actores que lo involucran: el infractor, la víctima y la sociedad; que castigue de manera pronta y moderada al delincuente al que debe rehabilitar pero que, con igual celo, vele por las víctimas posibilitando la reparación del daño y solidarizándose con ellas.²³ Será la única manera de evitar que el Derecho penal termine confundándose con la violencia.

Se trata de un tema que no podemos abandonar, al menos los que continuamos pensando que la solución a los problemas del incremento de la criminalidad hay que buscarlos en las políticas de inclusión social y no en el incremento del rigor de las penas, ni en la construcción de más cárceles, porque como ha dicho con acierto el experto en sistemas penitenciarios de los Estados Unidos Robert Gangi: “Construir más prisiones para detener el delito es como construir más cementerios para detener las enfermedades mortales”.²⁴

III. La prisión preventiva

Un análisis de la prisión preventiva en América Latina necesariamente debemos vincularlo con el escenario existente en las cárceles donde deben per-

23 Velásquez V., Fernando, *op cit*, p. 22.

24 BLAUSTEIN, Eduardo, “Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación”. *Revista ZOOM*, Buenos Aires, Argentina, 2006. Disponible en: <http://revista-zoom.com.ar/articulo1324.html> Consultada el 22/4/2015, a las 20.00.

manecer las personas a las que se le aplica esta medida cautelar y al respecto la voz autorizada del Dr. Elías Carranza,²⁵ Criminólogo y Director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), nos dice que como caracterización general, con diferencias entre países, los sistemas penitenciarios de la región tienen desde hace muchos años graves deficiencias, hay alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos.

Al valorar los requerimientos que deben cumplir los sistemas penitenciarios para funcionar adecuadamente, Carranza,²⁶ precisa que deben contar con espacio físico (terreno e instalaciones edilicias adecuadas); y personal penitenciario (adecuadamente seleccionado, capacitado y con estabilidad en su función), porque si falta espacio, hay sobrepoblación y hacinamiento; y si falta personal, hay anarquía y vacío de autoridad, que es llenado por los liderazgos emergentes y el surgimiento de grupos de autodefensa. Como caracterización general de los sistemas penitenciarios, con diferencias entre países, existe una falencia generalizada en el cumplimiento de múltiples funciones establecidas en las normativas internacionales y nacionales como alimentación, salud, seguridad, visita, capacitación, trabajo, etcétera. Pero la falencia en estos dos requisitos básicos genera situaciones objetivas inevitables de violencia que impiden su cumplimiento. En situación de sobrepoblación la salud es peor, la higiene es peor, la comida es peor, la seguridad personal tanto de las personas presas como de las personas funcionarias es peor, y así sucesivamente.

Los presos sin condena son personas privadas de libertad que se encuentran teóricamente amparadas por el principio de inocencia, pero que no obstante suelen permanecer en prisión durante muchos años. El caso de los presos y presas sin condena era y continúa en gran medida siendo dramático e irónico, por cuanto un porcentaje importante de estas personas luego de perma-

25 CARRANZA, Elías, "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", Anuario de Derechos Humanos 2012, Universidad de Chile, pp. 31-32. Disponible en:

<http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723> Consultado el 28/4/2015, a las 13.00.

26 Ídem, p. 32.

necer mucho tiempo en prisión terminan sobreeséidas o absueltas. Otro alto porcentaje al momento de la condena son puestas de inmediato en libertad pues han permanecido en prisión preventiva tanto o más tiempo que el que les corresponde por la sentencia. Se invierten entonces las etapas del proceso, ya que durante la instrucción y el período de presunción de inocencia son encarceladas, y al momento de ser condenadas a prisión son puestas en libertad.²⁷

En 2011 los países de la región con mayores cifras de presos sin condena eran: Paraguay, 71%, Panamá, 70%, Uruguay, 66%, República Dominicana 64%, Guatemala, 53%, Honduras, 51%, Ecuador, 45%, Brasil, 44% y México, 43%.²⁸

Al analizar la aplicación de la prisión preventiva en el panorama actual de nuestra área geográfica, el profesor Zaffaroni²⁹ afirma, con razón, que "... en verdad, lo que se designa como derecho penal del enemigo es práctica corriente en casi todo el planeta y en especial en América Latina, donde su instrumento preferido es la prisión preventiva, usada como pena principal y casi única, dado que casi el 70% de los presos latinoamericanos se hallan en prisión cautelar y suelen agotar la pena en ella, resulta muy claro que ésta opera como una pena sin culpabilidad, anticipada a la sentencia normal.

En la prisión preventiva, aunque no se quiera reconocer, estamos ante una especie de presunción de inocencia a la inversa, en lo que coincidimos con el criterio de Sarre Iguiniz, cuando afirma que: "Al aplicar la prisión preventiva, en los hechos se está considerando culpable a un individuo mientras no se demuestre lo contrario. Por eso se le mantiene detenido durante el proceso, por si acaso fuera culpable y, además, pretendiera evadirse".³⁰

Al referirse a la situación de la prisión preventiva en México, León Álvarez, afirma que "... la cárcel en la actualidad es duramente criticada, y no sólo porque rebasa en mucho sus propios fines, sino por su engendro, la prisión

27 Ídem, p. 38.

28 *Ibidem*, p. 13. Fuente: Carranza, Elías, Ilanud, 2011. Elaborado con datos penitenciarios brindados por los gobiernos de cada país. En la mayoría de los países las cifras de presos sin condena aparecen más bajas que en la realidad, al no incluirse en el cómputo las personas alojadas en delegaciones policiales, lugar donde este tipo de presos prevalece; en algunos casos la diferencia es muy grande. Las personas con condena de primera instancia con apelación pendiente se computaron como condenadas.

29 Zaffaroni, Eugenio Raúl, "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?", en *Revista de la Asociación Americana de Juristas*, Septiembre de 2010, Editada en Buenos Aires Argentina, p.32.

30 Sarre Iguiniz, Miguel, *Las penas sustitutivas de prisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 106.

preventiva, que en poco tiempo ha llegado a ser en nuestro país y en el extranjero la principal forma de privación de libertad de una persona: existe una proporción de cuatro a uno entre los presos procesados y los que ya cumplen una pena, esto es que la prisión ya no es primordialmente una pena sino una medida de seguridad, un instrumento de prevención social consistente en la privación real de una serie de derechos (la libertad misma), sin previo juzgamiento, sin condena.³¹

3.1. LOS REQUISITOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es una decisión que, pese a no constituir formalmente una condena, para el procesado equivale a una suerte de antesala de la condena.³² Basta con comparar en cualquier legislación penal y procesal los requisitos para la aplicación de la prisión provisional con los elementos que deben tener en cuenta los tribunales para la adecuación de la sanción, para verificar de lo que se trata.³³

- 31 León Álvarez, Enrique Rafael, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, T, XLII, Números 183, 184, mayo-agosto, México, UNAM, 1992, p. 281. Tomado de: Oropeza Barbosa, Ana Luisa, *Prisión preventiva vs presunción de inocencia*, p. 152, disponible en World Wide Web http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/141009/dp-prision_vs_inocencia.pdf (accedido el 12/3/2015, a las 22.00).
- 32 Pásara Luis, “La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial, Análisis comparativo”, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada, Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Fundación para el debido proceso, DLPF. 2013, Washington, D.C. 20036, pp. 5, disponible en World Wide Web <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf> (accedido el 22/4/2015, a las 14.00). Al respecto añade que: “Decenas de miles de personas se hallan en PP en cada país, a la espera del desenvolvimiento del juicio en el que se habrá de decidir si son culpables o no. Mientras tanto, la privación de la libertad es vivida por el ciudadano que está sometido a PP como un adelanto de una condena que aún no ha recibido y que no sabe si, en definitiva, recibirá. Entretanto, es un detenido y esta condición es singularmente severa, dadas las condiciones carcelarias de nuestros países, en las que quienes se hallan en PP ni siquiera ocupan espacios distintos de los que albergan a aquéllos que han sido condenados”.
- 33 *Vid.*, a modo de ejemplos: Ministerio de Justicia de la República de Cuba, Código Penal cubano, Ley No 62 de 1987, Actualizado, Colección Jurídica, La Habana, 1999, En el apartado uno del artículo 47 se plantea: “El tribunal fija la medida de la sanción, dentro de los límites establecidos por la ley, guiándose por la conciencia jurídica socialista y teniendo en cuenta, especialmente, el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en el mismo, tanto atenuantes como agravantes, y los móviles del inculpado, así como sus antecedentes, sus características individuales, su comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y sus posibilidades de enmienda”. Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley. No. 5 de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977, disponible

Más que una antesala de la condena, estamos ante el anuncio de que la pena

en World Wide Web <http://legislacion.sld.cu/index.php?P=DownloadFile&Id=442> (accedido el 24/4/2015, a las 23.00). **Artículo 252:** “Procede la prisión provisional, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1) que conste de las actuaciones la existencia de un hecho que revista caracteres de delito;
- 2) que aparezcan motivos bastantes para suponer responsable penalmente del delito al acusado, independientemente de la extensión y calidad de la prueba que se requiere para que el Tribunal pueda formar su convicción en el acto de dictar sentencia. (El subrayado es nuestro).

Congreso de la República de Guatemala. (1973): Código Penal de Guatemala, Decreto No. 17-73, de cinco de julio de 1973. p. 18, disponible en World Wide Web http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Guatemala.pdf (accedido el 24/4/2015, a las 23.30).

Artículo 65: El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena. Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92, de 7 de diciembre de 1992. pp. 58-59, disponible en World Wide Web http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_gtm_codigo_procesal_penal.pdf (accedido el 22/4/2015, a las 13.00).

Artículo 259. (Prisión preventiva): Se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en él.

Artículo 261. (Casos de excepción): En delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad.

Artículo 262. (Peligro de fuga): Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- 1) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
- 2) La pena que se espera como resultado del procedimiento. (El subrayado es nuestro).
- 3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.

aplicable será privativa de libertad, en una época en la que como ha expresado recientemente Morillas Cueva,³⁴ la pena, y dentro de ella la de prisión, ha sido y es el instrumento más demandado dentro del sistema penal, y uno de los más visibles del Ordenamiento jurídico en general, y, a la vez, el más utilizado por una sociedad donde parece crecer la sensación de peligro, en bastantes ocasiones de manera no constatada, hasta convertirse en una hipotética sociedad de riesgo en la que se dan impulsivas reacciones a convicciones allanadas por influencias mediáticas y por determinadas ideologías que conducen al incremento de la alarma social y la permanente exigencia de un endurecimiento de los medios de reacción penal. Situación expansionista que parece no tener freno ni límite incluso con el acceso al poder en los más variados sistemas y gobiernos de grupos políticos de convicciones progresistas que por su vinculación ideológica más comprometida, en teoría, con acciones sociales parecieran más comprometidos con un garantismo penal, con un derecho de la prevención, integrador socialmente y recuperador de los ciudadanos que delinquen sobre políticas sociales y criminales sustentadas en mecanismos alternativos que alejen, en la medida de lo posible, la comisión de delitos y el uso desmesurado de la pena.

En los principales Instrumentos jurídicos internacionales, se aprecia una tendencia a comprometer a los Estados Parte a regular en su derecho interno, a aplicarla prisión provisional, con carácter excepcional y por causales bien definidas, como regula el apartado 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al definir qué: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”,³⁵ mientras que en artí-

4) El comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y

5) La conducta anterior del imputado.

34 Morillas Cueva, Lorenzo, “La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Universidad de Almería, España*, 2014, pp. 9-10, disponible en World Wide Web http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/201312/articulos_discurso-investigacion.pdf (accedido el 5/4/2015, a las 23.00). El presente artículo corresponde a la parte científica de su discurso en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería, efectuado el 21 de marzo de 2013.

35 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de

culo 7, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), se precisa que: “Toda persona detenida ... o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.³⁶

Muy precisa y con mayor objetividad, nos parece la redacción de la regla número 6, inciso 1, de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que establecen que: “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”.³⁷

Hoy por hoy, a más de dos décadas de iniciadas las reformas penales y procesales en América Latina, la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional continúa generando fuertes tensiones, que han dado cabida a la discusión en torno a una aparente incompatibilidad entre la aplicación de los principios del Estado democrático y constitucional de Derecho, tales como la presunción de inocencia, plazo razonable del juicio, privación de la libertad como última ratio del sistema penal, y la necesidad de contar con políticas eficaces de seguridad ciudadana y sanción del delito.³⁸

2005, San José de Costa Rica, disponible en World Wide Web http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1345057820/Instrumentos%20Internacionales%20Proteccion%20DDHH.pdf (accedido el 3/9/2014, a las 23.00). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

36 Ídem, p. 83.

37 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos para los Derechos Humanos, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, p. 2, disponible en World Wide Web http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm (accedido el 24/4/2015 a las 17.00).

38 Salazar, Katya y Arteaga, Leonor, Presentación del Libro: *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada, Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Fundación para el debido proceso. DLPE. 2013. Washington, D.C. 20036, p. 1, disponible en World Wide Web <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf> (accedido el 23/4/2015, a las 13.00).

El Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador,³⁹ vigente desde el 10 de agosto de 2014, al regular las reglas generales para la aplicación de las medidas cautelares, en su artículo 519, enuncia como fines de las mismas, el proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal, garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral, evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción y garantizar la reparación integral a las víctimas.

En la legislación Argentina, el Código Procesal Penal de la Nación,⁴⁰ de reciente aprobación, precisa en su artículo 185 que la prisión preventiva se dicta en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en el propio Código y se recalca, que no procederá la prisión provisional en los supuestos siguientes:

- 39 *Vid.*, Asamblea Nacional República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014, p. 84, disponible en World Wide Web http://escuela.funcionjudicial.gob.ec/evaluacionjudicial/coip/documentos/Codigo_Organico_Integral_Penal.pdf (accedido el 12/4/2015, a las 23.00). Los requisitos para aplicar la prisión preventiva, son regulados en el Parágrafo Tercero, del Título V, sobre Medidas cautelares y de protección, la prisión preventiva, Capítulo. Segundo de las Medidas Cautelares, Sección Primera, “Medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada”, Artículo 534, de la forma siguiente: “Finalidad y requisitos. Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:
1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.
- 40 Dirección Nacional del Sistema argentino de Información Jurídica, Código Procesal Penal de la Nación, Ley No. 27063, de 4 de diciembre de 2014, 1ra. Edición, Buenos Aires, Infojus, 2014, p.50, disponible en World Wide Web http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf (accedido el 25/4/2015, a las 22.00).

- a. si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional;
- b. en los delitos de acción privada;
- c. cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas.

El Código Procesal Penal de la República del Perú,⁴¹ al definir los fines de lo que denomina medidas de coerción procesal, define que la restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando **fuere indispensable**, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva. Al incluir el peligro de la reincidencia delictiva, de forma expresa, convierte las medidas cautelares, en una especie de pena anticipada.

En relación con los presupuestos de la prisión preventiva,⁴² el artículo 268 del Código peruano, relaciona los siguientes:

- 41 Decreto Legislativo No. 957, Código Procesal Penal de la República del Perú, p. 85, disponible en World Wide Web http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf (accedido el 14/4/2015, a las 11.00).
- 42 Ídem, pp. 85-90. El propio artículo 268, establece en su apartado dos, que “También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

El legislador peruano no dejó a la interpretación del juez las calificaciones del peligro de fuga y de obstaculización de la justicia y los definió de la forma siguiente:

Artículo 269 Peligro de fuga: Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:
 - a. Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
 - b. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
 - c. Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

El Código Nacional de Procedimientos Penales de México,⁴³ aprobado recientemente, establece en su artículo 165, que la aplicación de la prisión preven-

Artículo 270 Peligro de obstaculización: Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

43 Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5 de febrero de 2014. Diario Oficial, miércoles 5 de marzo de 2014. p.3, disponible en World Wide Web <http://www.cofepris.gob.mx/MJ/Documents/Decretos/050314decretocodigonacionalpp.pdf> (accedido el 23/4/2015, a las 22.00). El artículo 167, relaciona las causales por las que se aplicará la prisión preventiva, de la forma siguiente: El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código. En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva. El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa. La ley

tiva sólo procederá por delito que merezca pena privativa de libertad y que la misma no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Como se puede apreciar en los Códigos analizados, el legislador no ha incluido entre los requisitos de la prisión preventiva su carácter excepcional, lo que nos indica que el propósito de la Comunidad internacional, enunciado en la Reglas de Tokio, desde la última década del pasado siglo, como apuntamos *supra*, de que en el procedimiento penal sólo se recurra a la prisión preventiva como último recurso, no ha logrado su inclusión en las legislaciones nacionales de nuestros países, por la influencia de otros factores como el incremento de la violencia la inseguridad ciudadana, el auge del crimen organizado y la tendencia existente al expansionismo irracional del Derecho penal.

El problema fundamental de la prisión preventiva en América latina, continúa siendo el elevado el elevado número de personas privadas de libertad sin condena, lo que en los primeros años de las reformas, se atribuía a la lentitud de los juicios. En la actualidad, las altas cifras de presos sin sentencia siguen siendo un reto que los sistemas de justicia deben atender con urgencia. Sin embargo, en más recientes análisis, el persistente aumento de la prisión provisoria puede adjudicarse no solo a la falta de celeridad procesal sino, en gran medida, a la escasa utilización por parte de los jueces de medidas alternativas a la prisión y a la poca importancia que se ha dado a las formas de implementación y control, cuando estas han sido aplicadas.⁴⁴

En muchos países de la región puede observarse un cotidiano cuestionamiento desde los medios de comunicación hacia el funcionamiento del sistema judicial, instalando nociones como las de “la puerta giratoria”⁴⁵ o el “garantis-

en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa. Finalmente relaciona los delitos del Código Penal Federal que ameritan prisión preventiva oficiosa y a continuación relaciona una larga lista de figuras.

44 Salazar, Katya y Arteaga, Leonor, *op cit*, p. 1.

45 Pásara Luis, “La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial, Análisis comparativo”, en *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada, Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Fundación para el debido proceso, DLPE 2013, Washington, D.C. 20036, p. 13, disponible en World Wide Web <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20indepencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf> (accedido el 22/4/2015, a las 14.00). Señala al respecto que: “Un factor que merece especial atención es el tipo de nexo que se ha desarrollado entre la policía y determinados medios de comunicación. Es una relación poco transparente y de doble vía, en la que, de una parte, los agentes proporcio-

mo” como sinónimo de impunidad⁴⁶ o, al menos, de falta de voluntad en la aplicación oportuna de la ley. Estas exigencias de seguridad ciudadana provenientes de diversos sectores, generan coyunturas que propician el endurecimiento de los regímenes de la prisión preventiva, las que se evidencian con las contrarreformas específicas al régimen de medidas cautelares que se han multiplicado en los códigos de procedimiento penal en los últimos años.⁴⁷

Presumir la inocencia de una persona que se encuentra bajo sospecha de haber cometido una conducta delictiva, afirma Mejías Rodríguez,⁴⁸ infiere válidamente que antes que sobre su persona recaiga una sentencia condenatoria, ninguna autoridad pública puede presentarla oficialmente como culpable o brindar información a los medios de comunicación social, cuyo contenido evidencie un juicio anticipado de culpabilidad de quien, aun con el mejor de los deseos, divulga los hechos y los presuntos culpables.

Desde diferentes posiciones se afirma con razón desde la doctrina que la presunción de inocencia no puede ser valorada, solo en el marco del proceso pe-

nan a los periodistas determinados datos, casi siempre a cambio de que la imagen de su desempeño resulte beneficiada por los medios; y, de otra, los medios hacen suya la versión policial acerca de los hechos y los responsables. De ese vínculo de intercambio –estimulado en ocasiones por pagos a cambio de “primicias” o “exclusividades”– ha nacido la versión acerca de la llamada “puerta giratoria”, esto es, “la policía los detiene y los jueces los ponen en libertad”, que, reiterada por los medios, sugiere negligencia o corrupción en el aparato judicial y aumenta así tanto la presión sobre jueces y fiscales, para que generalicen la aplicación de la PP, como la desconfianza ciudadana sobre el funcionamiento del aparato de justicia”.

46 En la República Dominicana, por ejemplo, desde los medios de comunicación se califica al Código Procesal Penal como la Ley protectora de los delincuentes. *Vid*, Congreso Nacional de la República Dominicana, Código Procesal Penal, promulgado el 19 de julio de 2002, Santo Domingo, República Dominicana, disponible en World Wide Web http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_279.pdf (accedido el 29/4/2015, a las 19.00). En otros países, como Guatemala, El Salvador y Honduras, donde los llamados a la mano dura contra la delincuencia son frecuentes, ante la ola de violencia y la consiguiente inseguridad ciudadana que sacude al llamado triángulo centroamericano, también son objeto de fuertes críticas las leyes penales y procesales, que son producto de la reforma penal y procesal, que con tanto esfuerzo, dedicación y más aciertos que desaciertos se realizó en la gran mayoría de nuestros países de América Latina.

47 Salazar, Katya y Arteaga, Leonor. *op cit*, p.1.

48 Mejías Rodríguez, Carlos, “La presunción de inocencia y los medios de comunicación masiva”, en *La Souranità Mediática, una riflessione etica, diritto ed economia*, a cura di Eugenio Raúl Zaffaroni, Mario Caterini. CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Roma, 2014, p. 177.

nal, si no también fuera de él,⁴⁹ lo que debería obligar también a los medios de comunicación y a otros actores, que desde la política y la sociedad civil y el trabajo comunitario, también intercambian ideas y criterios sobre los más disímiles asuntos, constantemente en las redes sociales; pero como todos conocemos, lamentablemente la realidad, al menos en nuestra área geográfica, es bien diferente, lo que en la práctica convierte en letra muerta numerosos acuerdos de la Comunidad internacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el apartado dos del artículo 14, establece que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.⁵⁰

Cuando los instrumentos jurídicos internacionales, las constituciones de los países y los códigos penales y de procedimiento, se refieren a la presunción de inocencia, lo hacen de forma general y no solo referido al actuar de los operadores del sistema penal, lo que nos conduce a interpretar las referidas normas jurídicas, en el sentido de que también los medios de comunicación y otros actores sociales, están en la obligación legal de acatarlas, como se puede apreciar, entre otras regulaciones, en el referido artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, analizado *supra*, en el artículo

49 *Per omnia*, Catacora González, Manuel, “De la Presunción al principio de inocencia”, en *Vox Juris, Revista de Derecho, Año 4, Lima, 1994*, p.121.

50 *Vid*, Medina Cuenca, Arnel, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en *Instrumentos Jurídicos adoptados por la Comunidad internacional, relacionados con los principios limitativos del ius puniendi, la delincuencia organizada, el tráfico y la trata de personas*, Editorial vLex, Barcelona, 2014. pp.115-133, disponible en World Wide Web <http://vlex.com/source/instrumentos-juridicos-adoptados-por-la-comunidad-internacional-12180> (accedido el 23/4/2015, a las 18.00). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. En el primer apartado del propio artículo 14, se establece que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

14 de la Constitución Política de la República de Guatemala,⁵¹ que precisa que toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada, el pronunciamiento del Código Procesal Penal guatemalteco,⁵² que en su artículo 14 ordena que el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección, en el artículo uno de la Ley de Procedimiento Penal cubana,⁵³ que establece que se presume inocente a todo acusado mientras no se dicte fallo condenatorio contra él y en el trece del Código Nacional de Procedimientos Penales de México,⁵⁴ aprobado recientemente, que declara que toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en dicho Código.

IV. Las influencias externas en la aplicación de la prisión provisional

La idea de que cuando una persona es detenida por la policía como responsable de un delito, para quien el fiscal luego ha pedido la apertura de un pro-

51 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993, p.21, disponible en World Wide Web <http://www.ine.gob.gt/archivos/informacionpublica/ConstitucionPoliticaDeLaRepublicadeGuatemala.pdf> (accedido el 23/3/2015, a las 11.00). “...el artículo 14 constitucional reconoce, en su primer párrafo, el derecho fundamental de toda persona a la que se impute la comisión de hechos, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presuma su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia, y hasta en tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. Se trata, entonces, de una presunción iuris tantum...”, Gaceta No. 47, expediente No. 1011-97, p. 109, sentencia: 31-03-98.

“...una presunción iuris tantum”, dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor...”, Gaceta No. 60, expediente No. 288-00, p.115, sentencia 02-05.

52 Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92, *cit*, Artículo 14, p. 4.

53 Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley. No. 5 de Procedimiento Penal, *cit*, p. 1.

54 Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Código Nacional de Procedimientos Penales, *cit*, p. 3.

ceso penal y el juez ha consentido en ello, en una importante medida la ciudadanía ha “naturalizado” la detención en cárcel como la consecuencia derivada. Esta idea naturalizada es la que lleva a afirmar a jefes policiales, columnistas de opinión y políticos, “¿Por qué los jueces lo pusieron en libertad, si había sido detenido por haber cometido un delito?”. Integrada esta idea en una mentalidad, no deja espacio para la presunción de inocencia que, al proclamar que nadie es culpable hasta que no haya sido así declarado en juicio, es una garantía fundamental del ciudadano en el funcionamiento del sistema de justicia.⁵⁵

Al parecer, en la percepción de determinados sectores, la presunción de inocencia concluye con la detención policial. Es suficiente con que la autoridad atribuya al detenido esta condición –que los medios aceptan como un hecho fehacientemente probado– para que la negativa judicial a usar la prisión provisional genere perplejidad, rechazo e incluso sospecha. La extendida desconfianza social existente acerca del aparato de justicia, curiosamente en estos casos, no conlleva la conjetura de que el señalamiento policial puede ser parte de un montaje que incluso busque favorecer a un tercero verdaderamente responsable del hecho delictuoso. Basta que la policía señale a alguien como culpable para que se le tenga como tal y, en consecuencia, se exija su detención.⁵⁶

Esa mentalidad conforma un clima social en el que deben desenvolverse los operadores del sistema de justicia. En la constitución de tal clima pesan determinados hechos, el más importante y duradero de los cuales es probablemente el crecimiento de la inseguridad ciudadana –y, sobre todo, la multiplicación de la percepción de inseguridad–, como consecuencia del incremento delictivo que padecen nuestros países.⁵⁷

Como nos explica con acierto el profesor Zaffaroni,⁵⁸ no existe ninguna presunción de inocencia antes de la sentencia, sino un mero “estado de inocencia”. En rigor trata de demostrar que si la persona está privada de libertad, no hay presunción de inocencia, pues de lo contrario no estaría presa. Es un esfuerzo para partir de un dato óptico, y desde el mismo tratar de legitimar la realidad: en lugar de reconocer que un inocente está preso, se parte de que si está preso no debe ser tan inocente.

55 Pásara Luis, *op cit*, pp. 7-8.

56 *Ibidem*.

57 Ídem, p. 8.

58 Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Proceso penal y Derechos humanos: códigos, principios y realidad”, en *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, p. 15.

Los políticos –de gobierno y de oposición– han instalado en su discurso el tema de la inseguridad y la necesidad de combatirla mediante una mayor represión del delito, al tiempo que rehúyen afrontar la cuestión de las políticas de Estado que podrían contrarrestar eficazmente la generación social de la delincuencia. De ellos provienen las voces que, usualmente en procura de beneficiar intereses particulares, insisten en la magnitud de delito e inseguridad –en ocasiones, amplificándola– y demandan reiteradamente una aplicación rígida y severa de la ley penal, con referencias específicas a la prisión provisional, cuya imposición se busca generalizar.⁵⁹ Las exigencias para que se aplique extensivamente la prisión provisional y en correspondencia una política penal y penitenciaria de alta severidad, impactan con demasiada frecuencia sobre la independencia de fiscales y jueces, que tienen la función de decidir bajo una gran presión social y política.⁶⁰

La crítica constante al actuar de jueces y fiscales en los medios de comunicación, ha contribuido a crear un estado de opinión, en la población, que los responsabiliza con el estado de inseguridad ciudadana existente. Ante la pregunta: ¿Tiene Ud. una opinión favorable o desfavorable del sistema judicial colombiano? Realizada por la empresa Gallup Colombia en diciembre de 2012; sólo uno de cada cuatro encuestados (25%) respondió “favorable”, pese a que el nivel de aprobación de la justicia en ese país ha sido algo más alto en años anteriores. En Perú, Ipsos Apoyo encontró, también en diciembre de 2012, un nivel de aprobación del Poder Judicial de 19%, porcentaje que correspon-

- 59 Ídem, pp. 8-9. Quien añade que las cúpulas de las instituciones del sistema de justicia con frecuencia participan activamente en la generación y el mantenimiento de ese clima. Declaraciones procedentes del presidente de la corte suprema, el fiscal general o sus voceros se incorporan en ocasiones a la perspectiva del llamado “populismo punitivo”, que muchos políticos en la región han abrazado, haciéndose eco de los reclamos de una “aplicación estricta” de la ley en la que parecería no haber lugar para otra medida cautelar que la imposición de la PP, por lo que a los operadores del sistema judicial, les es suficiente leerlos diarios o ver los noticieros de televisión para quedar notificados acerca de qué es lo que las cabezas jerárquicas esperan de su desempeño en este terreno.
- 60 Un ejemplo de hasta dónde llega la intromisión de los medios de comunicación en las decisiones judiciales en nuestros países y de las lógicas preocupaciones que causan en los encargados de impartir justicia, lo constituye, en nuestro criterio, la confesión de una prestigiosa Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de un país Latinoamericano, en un Congreso dedicado al Derecho y el procedimiento penal, celebrado en 2014, al que asistió uno de los autores, la que durante su exposición refirió que en una ocasión, en que le correspondió decidir un caso importante, que había tenido mucho impacto en el país, integrando la Sala con dos jueces jóvenes, que habían sido sus alumnos, al acordar un fallo contrario a las pretensiones de poderosos intereses de su país, uno de ellos le dijo: “profesora ojala que esta noche capturen a Bin Laden”. Y esa noche Bin Laden no fue capturado.

de a una tendencia estable en la opinión pública del país. La empresa encuestadora Market detectó en febrero de 2012 que sólo 21% de los entrevistados creía que la justicia ecuatoriana actúa con independencia. En mayo de 2012 la encuestadora Ipsos Mora y Araujo preguntó en Argentina ¿los jueces contribuyen mucho, algo, no contribuyen o son perjudiciales para el país? Si se suman las respuestas “No contribuyen” (39%) y “Son perjudiciales” (12%) se supera la mitad de los encuestados.⁶¹

La necesidad de adoptar políticas de inclusión de los excluidos de siempre, para alejarlos del delito y darles la posibilidad de integrarse a la sociedad, que con demasiada frecuencia olvidan los mismos actores, que desde los partidos políticos y la sociedad civil, se pronuncian a favor del incremento de la prisión provisional y de las penas privativas de libertad de larga duración y con un mayor rigor penitenciario, podemos apreciarla en el Resumen del Informe sobre Desarrollo Humano 2014,⁶² elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que al referirse a las personas vulnerables, en un mundo vulnerable, los define como aquellos que viven en la extrema pobreza y la escasez se encuentran entre los más vulnerables. Pese a los progresos recientes en la esfera de la reducción de la pobreza, más de 2.200 millones de personas que se encuentran en situación de pobreza multidimensional o cerca de ella. Esto significa que más del 15 % de la población mundial sigue siendo vulnerable a la pobreza multidimensional. Al mismo tiempo, casi el 80 % de la población mundial no cuenta con una protección social integral. Alrededor del 12 % (842 millones) de la población padece hambre crónica y casi la mitad de los trabajadores (más de 1500 millones) tienen empleos informales o precarios.

La idea de trabajar en la prevención como arma fundamental en este escenario, nos parece el camino más acertado. Desde la década de 1980, la noción

61 Pásara Luis, *op cit*, p. 9. El autor destaca además que: “Columnas y editoriales formulan alegatos que, invocando el problema de la inseguridad ciudadana, se indignan y reclaman regularmente contra una orden de comparecencia dictada por un juez en un caso que ha adquirido notoriedad pública. Pero quizá lo más importante se da en el terreno propio de la producción de la noticia: los títulos de escándalo, el sesgo dado a los hechos y a las decisiones judiciales, y la utilización de las víctimas o sus familiares para incrementar la emotividad del lector son algunos de los recursos que los medios manipulan diariamente para engrosar su audiencia al tiempo de distribuir el discurso que demanda mayor represión en el funcionamiento del sistema penal.

62 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Informe sobre Desarrollo Humano 2014, Sostener el Progreso Humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia, p. 2, disponible en World Wide Web <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014 SummarySpanish.pdf> (accedido el 27/4/2015, a las 23.00).

de la prevención del delito se ha extendido y evolucionado sustancialmente, desde verse como una función de vigilancia relativamente limitada hasta una función que implica un enfoque transversal mucho más amplio, así como múltiples actores estatales y comunitarios. Esto ha reflejado un cambio más general entre los gobiernos que están lejos de asumir una responsabilidad exclusiva por la seguridad de todos sus ciudadanos, reconociendo las limitaciones de su capacidad para proporcionar dicha seguridad.

Desde la Comunidad internacional ha existido una preocupación constante por la concertación de esfuerzos en defensa de los derechos humanos, la protección de las personas más vulnerables y en enfrentamiento al delito y especialmente al crimen organizado, sin dejar de tener en cuenta los derechos de las personas que como resultado del enfrentamiento a estas actividades criminales resultan encarceladas o sancionadas de diversas formas y también, de manera especial por la adopción de políticas sociales efectivas, que favorezcan un ambiente de convivencia en armonía y acorde con las aspiraciones de disminuir los factores que inciden en la violencia y la inseguridad ciudadana.

Entre estos esfuerzos podemos resaltar el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, en la lucha contra la trata de personas, en el que el principal compromiso que asumieron los Estados parte que es a nuestro juicio, el regulado en el apartado 4 del artículo 9, que los compromete a adoptar medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata”, es precisamente el que menos se ha cumplido, en especial por parte de los países receptores, que son los más favorecidos económicamente y tienen la obligación moral y jurídica de ayudar a los menos desarrollados.⁶³

63 Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre del 2000, p.48, disponible en World Wide Web <http://www.unodc.org/documents/treaties/UN-TOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (accedido el 18/4/2015, a las 21.00). Entre el 12 y el 15 de diciembre de 2000 se celebró en Palermo, Italia, una Conferencia política de alto nivel, que concluyó con la firma de la Convención. En el primer párrafo del Prefacio, se afirma: “En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en

De lo que se trata es de aunar esfuerzos, entre la cooperación de los estados más desarrollados y las propias posibilidades de los países de la región Centroamericana, algunos de los cuales reportan índices de Producto Interno Bruto, que con un determinado impuesto, fundamentalmente para los más ricos, que también necesitan seguridad y tranquilidad para sus negocios y sus familias, podrían recaudar, al menos una parte, de los fondos requeridos para modificar la estrategia de enfrentamiento a la violencia y la inseguridad ciudadana.⁶⁴

Al abordar el tema en el referido informe de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, se reitera el criterio de que la promoción de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional es esencial para el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el hambre y la plena efectividad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, todo lo cual a su vez fortalece el Estado de Derecho.⁶⁵

Tal parece que invertir en construir muros en las fronteras, endurecer los controles migratorios y dotar de sofisticados medios de transporte terrestre, aéreo y marítimo a las fuerzas de seguridad, para combatir a los traficantes de personas, de drogas y de armas, entre otros, es la estrategia correcta para prevenir el delito, mientras se continúan postergando las medidas de índo-

un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer la delincuencia, la corrupción y la trata de personas”. En el Prefacio de citada Convención, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi A. Annan, asegura que dicho documento “marcó un hito en el fortalecimiento de nuestra lucha contra la delincuencia organizada. Insto a todos los Estados a que ratifiquen la Convención y sus Protocolos cuanto antes y a que pongan en vigor estos instrumentos sin demora”.

64 *Vid.* Fuente: Bancos Centrales y Contraloría General de República de Panamá, “Informe Crimen y Violencia en Centroamérica”, Banco Mundial 2011. En Centroamérica, por ejemplo, el PIB de Guatemala en 2011 fue de 41,199.50, el más alto de la región, seguido de Costa Rica, con 36,143.33, Panamá 26,777.10, El Salvador 21,214.70, Honduras 15,396.33 y Nicaragua 6,551.50, disponible en World Wide Web http://csis.org/files/attachments/120618_Granera_Presentation_1.pdf (accedido el 12/4/2015, a las 21.00).

65 Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, “Documentos Oficiales del Consejo Económico y social, 2013, Suplemento No. 10A (E/2013/30/Add.1), p.14, disponible en World Wide Web https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.1_2014/Draft_Resolution_II_S.pdf (accedido el 26/3/2015, a las 23.00).

le económicos, para la reducción de la pobreza, que es la principal causa de los altos índices delictivos existentes en numerosos países de nuestro entorno geográfico.

En la actualidad, el papel de la prensa en el proceso penal va bastante más allá del mero servir de cauce informativo a las decisiones y actuaciones judiciales. Al extremo de que hay procesos en los que, se busca inducir éstas o condicionar su sentido, con fines generalmente políticos o para crear un cierto estado de opinión, mediante el uso selectivo de la noticia. En muchas ocasiones, la publicidad de la *notitia criminis* es para el afectado bastante más gravosa que la eventual sentencia condenatoria. Sobre todo, como ocurre con harta frecuencia, aquélla resulta tratada con particular desenvoltura, como si la mera adjetivación de *presunto* en la atribución de la calidad de autor de los hechos pudiera eximir al *informador* de toda otra responsabilidad. Así, la prensa tiene a su alcance la posibilidad de imponer verdaderas *penas* preventivas o anticipadas, que, no obstante, alcanzan inmediata *firmeza*, pues difícilmente admiten *recurso*, lo que las hace prácticamente *inapelables* e irreversibles.⁶⁶ Aun en los casos, poco frecuentes de que el proceso penal concluya en una absolución, ya se ha causado un daño irreparable para la persona y en ocasiones, ni los mismos medios que tanta publicidad le dieron al caso, se preocupan de informar sobre los resultados finales del proceso, sobre todo cuando se demuestra la inocencia de la persona que ya había sido condenada anticipadamente de forma mediática.

La publicidad del proceso, que, como dice Ferrajoli, “no tiene nada que ver con su resonancia o espectacularidad”,⁶⁷ es “una garantía de segundo grado”, debido a que con ella se busca asegurar la prestación de las propiamente “estructurales y constitutivas del proceso acusatorio”; calificadas por el mismo autor de “garantías primarias” o “epistemológicas”.⁶⁸

La libertad de expresión y el libre flujo de las informaciones, ideal precondition de la existencia de una esfera pública democrática, ha derivado hacia la emergencia y consolidación de un nuevo poder de difícil fiscalización a tra-

66 Andrés Ibáñez, Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2005. p. 15.

67 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Sexta Edición, traducción de Andrés Ibáñez Perfecto y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 618.

68 Ídem, p. 616.

vés de los procedimientos de la democracia representativa y frente al que el ciudadano común está esencialmente inerme.⁶⁹

El problema del tratamiento de los asuntos que se encuentran en tramitación en los tribunales de justicia por los medios de comunicación resulta inevitable, por el imperativo de la transparencia y la consiguiente garantía, pero con la particularidad de que muchos años después de la famosa sentencia de Bentham, de que “la publicidad es el alma de la justicia”,⁷⁰ que mantiene su vigencia, atendiendo a que el interés en la aclaración de los hechos y en la defensa del acusado (...) preceden al interés en la información pública,⁷¹ la que como ha señalado Binder,⁷² debe jugar su papel para que la jurisdicción cumpla el que socialmente le corresponde, impensable al margen de una ciudadanía instruida y consciente con capacidad política para formular las necesarias demandas al respecto. No obstante, el tratamiento inadecuado de tal *segunda* vertiente del principio puede hacerle entrar en contradicción con la *primera*. Algo que debe necesariamente evitarse.⁷³

Coincidimos con Andrés Ibáñez, en que cuando hablamos de jurisdicción, la publicidad tiene un primero y nuclear sentido de garantía del imputado, que debe presidir su tratamiento normativo y su proyección práctica. Desde este punto de vista, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (publicidad *interna*); y por quienes, simplemente como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que el desarrollo del trámite de aplicación del derecho penal no sea arbitrario y discurra por cauces legales (publicidad *externa*).⁷⁴ La situación adquiere otra connotación, cuando intereses ajenos al debido proceso, la independencia judicial y la transparencia de la información, entran a desempeñar su papel y ofrecen una información parcializada o distorsionada, que en nada favorece el interés de la justicia.

69 Andrés Ibáñez, Perfecto, *op cit*, p. 16.

70 Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I, trad. de M. Ossorio Florit, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 140.

71 Schmid, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. de J. M. Núñez, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 243.

72 Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 102 y ss.

73 Andrés Ibáñez, Perfecto, *op cit*, p. 2.

74 Ídem, pp. 4-5.

Para el profesor Zaffaroni,⁷⁵ “tanto la publicidad como los políticos asustados se aprovechan de la indefensión de los operadores jurídicos, debido a su falta de entrenamiento comunicacional. La agresión mediática y política muchas veces condiciona acciones lesivas de la autonomía e independencia de los jueces y pronuncia sentencias por su cuenta. Ante estas agresiones, algunos operadores judiciales caen en racionalizaciones que les llevan a decidir evitando la confrontación con la publicidad vindicativa y con los políticos. Por suerte es “excepcional” que la magistratura se monte en la publicidad mediática en pos del estrellato televisivo”.

En ocasiones, cuando se trata de casos los casos de gran impacto, se enfrentan no sólo a grupos políticos, sino asimismo a grupos mediáticos y el proceso resulta sobrevalorado por una verdadera *guerra de medios*, con lo que la autonomía institucional del espacio judicial termina realmente saltando por los aires, en un clima de contaminación que banaliza todas las cautelas legales de reserva poniendo en riesgo a la jurisdicción misma.⁷⁶

Desde el nuevo rol, se realiza una serie de actividades que, en los hechos, configura un proceso paralelo, concerniente a aquellos casos que, debido a algún elemento motivador de interés público, suscitan la atención y cobertura de los medios de comunicación. Se investiga entonces los hechos, se interroga testigos, se sopesa elementos probatorios, se examina y discute hipótesis y, en definitiva, se establece culpabilidades o inocencias. En el desarrollo de estas diversas actividades, el periodismo no siempre es guiado por el objetivo de informar, plenamente legítimo, sino por motivos como: el pro-

75 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*. 2012, p.2, disponible en World Wide Web http://www.telegrafo.com.ec/ediciones-impresas/cartonpiedra/doc_download/1777-cuesticuen-criminal-fasccdhculo-26.html (accedido el 25/4/2015, a las 13.00).

76 Andrés Ibáñez, Perfecto, *op cit*, p. 12. Como muy ilustrativa de lo afirmado podemos señalar la experiencia protagonizada por Berlusconi y su partido-empresa en Italia, de control virtualmente absoluto de la información masiva en el país, que en su momento fueron puestos en función de sus propios intereses táctico-procesales, en/contra las múltiples causas en que se hallaba implicado y también en España, con lo sucedido durante la instrucción del conocido como caso “Marey”, seguido por el secuestro de un ciudadano francés de este nombre organizado –en el marco de la guerra sucia contra ETA- por agentes de policía con la connivencia de los altos cargos de Interior, cuando estando en curso la instrucción, Televisión Española –dentro del telediario de mayor audiencia- difundió una entrevista al imputado San Cristobal, ex director general de la policía, que, ante las cámaras y en el despacho del director de la prisión en la que se hallaba, hizo un durísimo e insidioso alegato contra el juez instructor. Semejante modo de proceder fue defendido por Belloch Julbe, a la sazón ministro de Justicia e Interior socialista y ex magistrado, con el peculiar argumento de que en él y en su autorización sólo debía verse una expresión de reconocimiento y respeto de los derechos del imputado. Acuñando así un inédito *derecho* de éste al uso de la televisión y en hora punta (!).

pósito comercial de aumentar la circulación o la audiencia del medio, la satisfacción de intereses económicos o políticos vinculados a los propietarios del medio, y la venalidad de algunos periodistas que ponen su labor al servicio de quien pueda recompensarla.⁷⁷

Diversas investigaciones confirman el criterio reflejado en encuestas de opinión en toda América Latina, sobre la existencia de una extendida insatisfacción ciudadana respecto al funcionamiento del sistema de justicia y, en particular, la precepción mayoritaria de una permeabilidad de las decisiones judiciales a favor de voluntades e intenciones de poder, lo que confirma el criterio de que la expectativa de ciudadana de una justicia imparcial cuando de por medio estuviesen intereses poderosos.⁷⁸

En el caso de la criminología mediática, valora Zaffaroni,⁷⁹ la complacencia de los operadores jurídicos no les ofrece ninguna garantía, pues los instala como buenos candidatos a chivos expiatorios en cuanto se produzca un simple cambio de humor público. Su condescendencia con las agencias ejecutivas se les vuelve en contra cuando éstas cometen alguna atrocidad inculcable o, simplemente, si en el curso de una masacre por goteo ejecutan a alguien equivocado (como dice el viejo adagio: “mal paga el diablo”). La criminología mediática tiene reflejos ágiles para percibir el cambio de humor social y estimularlo, quitar de su mira al juez que quiere controlar al poder

77 Pásara Luis, *op cit*, p. 11. A lo expresado, el autor añade el hecho de que: “El manejo de los casos en los medios de comunicación se halla a cargo de personas que no conocen el aparato técnico para considerar profesionalmente hechos, pruebas y normas aplicables. Esto hace que aquellos razonamientos jurídicamente validados para conocer y resolver un conflicto determinado sean ignorados por los medios y sustituidos, en el tratamiento periodístico del asunto, por criterios legos que, pese a ampararse en el sentido común, no resultan adecuados ni legítimos para dar solución al mismo”.

“Los medios, conscientes de la insatisfacción social existente con la justicia, fomentan una suerte de sospecha generalizada sobre su funcionamiento, a partir de aquellos casos en que la decisión judicial no coincide con el proceso paralelo”.

78 Pásara, Luis, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, Fundación para el Debido Proceso, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; Instituto de Defensa Legal, Diseño gráfico: Ultra Designs, 2014, p. 90.

79 Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La cuestión criminal”, *op cit*, pp. 2-3. Como ejemplos de actitudes heroicas Zaffaroni, resalta la del colega salvadoreño Atilio Ramírez Amaya, que investigó el asesinato de Monseñor Romero y a quien conoció manejando un taxi en San José de Costa Rica, donde debió exiliarse para salvar su vida y también la de otros magistrados de nuestra región no tuvieron esa suerte y fueron muertos en razón del honesto cumplimiento de su deber, como muchos jueces colombianos de la propia Corte Suprema, que fueron asesinados por las fuerzas armadas en la llamada toma del Palacio de Justicia –incluso su propio presidente, el colega penalista Alfonso Reyes Echandía.

punitivo (hasta entonces estigmatizado como garantista) y disparar sin piedad al condescendiente hasta convertirlo en chivo expiatorio de la atrocidad que ella misma impulsó. Estas consideraciones –y muchas otras– indican la necesidad de incorporar en la proyección de la criminología cautelar no sólo el perfeccionamiento institucional del poder jurídico (grado de burocratización, selección y entrenamiento de los juristas, pluralismo ideológico en las agencias, independencia externa e interna), sino también el análisis crítico de los discursos jurídicos para detectar los elementos inhibidores de la función contentora o que sean parte de una técnica de neutralización de valores. En situaciones límite en que el poder punitivo se ha descontrolado no hay espacio para contener nada; todos sabemos que no es posible exigir la heroicidad, porque si lo fuese los héroes no tendrían monumentos.

La decisión de un juez o tribunal de privar provisionalmente de la libertad a un ser humano, sometido a un proceso penal por la presunta comisión de un determinado delito, que posteriormente debe dar lugar a una sentencia absolutoria o condenatoria, constituye un hito muy importante en el ejercicio de la independencia judicial y por tanto no debe ser interferida, ni desde los medios de comunicación, ni desde sectores políticos y de la sociedad civil.

A modo de conclusiones

El expansionismo del Derecho penal se caracteriza, entre otros elementos, por la creación de nuevas figuras delictivas, promulgación de leyes especiales, una mayor utilización de la prisión preventiva y la elevación de la cuantía de las penas privativas de libertad y del rigor en las condiciones de reclusión, lo que ha generado un incremento significativo de los niveles de violencia y agresividad, que confirman el criterio de que la violencia no se debe combatir, con más violencia.

En nuestro entorno geográfico, en los últimos años, desde la política, tanto en el gobierno como en la oposición, los medios de comunicación y otros actores sociales, se escuchan numerosas voces, que reclaman la necesidad de combatir a la delincuencia, con más represión, mayor aplicación de la prisión provisional, sanciones más severas y una restricción de las garantías penales y procesales, al tiempo que evaden, el problema principal, que es, en nuestra opinión, la adopción de políticas de Estado, orientadas a contrarrestar eficazmente la generación social de la delincuencia, con medidas de prevención, como la creación de empleos, mayores facilidades para el estudio y otras que favorezcan el desarrollo económico y el acceso de las mayorías a una vida digna y en armonía con la sociedad.

Por diferentes razones, incluidas la falta de recursos económicos, la desigual distribución de los existentes y también la poca voluntad política, se continúan postergando las medidas de índole económicos, para la reducción de la pobreza, que es la principal causa de los altos índices delictivos existentes en numerosos países de nuestro entorno geográfico. No basta con dotar de sofisticados medios de transporte, comunicaciones y de vigilancia electrónica a las fuerzas encargadas de mantener el orden público, para combatir a la delincuencia organizada y a los delitos de mayor impacto, cuando se carece de una estrategia científicamente elaborada para prevenir el delito y garantizar la tranquilidad de los cientos de millones de hombres y mujeres, que en todo el mundo, sufren a diario los efectos de la violencia.

Las causas de que la prisión provisional no opere en numerosos países de la región, como una medida excepcional o de último recurso, en correspondencia con lo regulado en los instrumentos jurídicos internacionales analizados y en las constituciones y leyes procesales, no debemos buscarlas solamente en insuficiencias legislativas y en el incremento de los delitos, sino también en las interferencias que afectan la independencia con la que deben proceder el fiscal, al solicitar y el juez al aplicar las medidas cautelares, por lo que no se trata solamente de perfeccionar las normas procesales, sino de actuar sobre las interferencias, que podrían subsistir también bajo la vigencia de las nuevas normas. El poco uso de las medidas alternativas a la prisión provisional es generalmente alentado por las autoridades y multiplicado por los medios de comunicación y en determinados casos se manifiesta a través de presiones específicas en pro o en contra de su aplicación.

Resulta imprescindible fortalecer las instituciones del Estado, que tienen la función de aplicar las leyes penales, para que la justicia, pueda actuar desde el inicio del proceso penal, sin interferencias externas, garantizando que cuando un juez o tribunal, adopte la decisión de privar provisionalmente de la libertad a un ser humano, sometido a un proceso penal por la presunta comisión de un determinado delito o de privarlo de libertad o absolverlo, lo haga con la debida racionalidad y apegado a la ley, observando el principio de presunción de inocencia y sin recibir presiones desde los medios de comunicación, ni de sectores políticos y de la sociedad civil, de manera tal que la independencia judicial se convierta realmente en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, no solo porque así este escrito en la Constitución y las leyes, sino porque las decisiones judiciales sean acatadas y cumplidas por todos, en aras del interés general de situar a la justicia en el lugar que le corresponde, por el bien de todos.

Bibliografía

- “¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?”, *Revista de la Asociación Americana de Juristas*, Septiembre de 2010, Editada en Buenos Aires Argentina.
- “Proceso penal y Derechos humanos: códigos, principios y realidad”, *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000.
- “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Salamanca, Cuenca, 2001.
- Acale Sánchez, María, “Medición de la Respuesta Punitiva y Estado y Derecho. Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso”, en *Mono-grafía asociada a Revista ARANZADI de Derecho y Proceso penal*, Número 24, Pamplona, España, 2010.
- Alagia, Eugenio y Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.3, de 31 de enero de 2003.
- Asamblea Nacional República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014.
- Baratta Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, Compilación In memoriam, Carlos Alberto Elbert (director), Laura Belloqui (coordinadora), Editoriales Euros Editores S.R.L., Buenos Aires y B de F Ltda en Montevideo, 2004.
- Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I, trad. de M. Ossiro Florit, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1959.
- Berzosa, Alfonso, Martínez, Carlos, “Los efectos de la globalización y propuestas alternativas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. V, 2002.
- Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Blaustein, Eduardo, “Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación”, en *Revista ZOOM*, Buenos Aires, Argentina, 2006, disponible en World Wide Web <http://revista-zoom.com.ar/articulo1324.html>.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Segunda Edición, adaptada al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, 1996.
- Carranza, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, en *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Universidad de Chile, disponible en World Wide Web <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>.
- Catacora González, Manuel. “De la Presunción al principio de inocencia”, en *Vox Juris, Revista de Derecho*, Año 4, Lima, 1994.

- Congreso de la República de Guatemala. (1973): Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73, de cinco de julio de 1973.
- Congreso de la República de Guatemala. Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92, de 7 de diciembre de 1992.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5 de febrero de 2014. Diario Oficial, miércoles 5 de marzo de 2014.
- Congreso Nacional de la República Dominicana, Código Procesal Penal, promulgado el 19 de julio de 2002, Santo Domingo, República Dominicana.
- Consejo de estado de la república de cuba, Decreto-Ley No. 310. Gaceta Oficial de la República de Cuba. No.18. Extraordinaria de 25 de junio de 2013, disponible en World Wide Web http://www.gacetaoficial.cu/pdf/GO_X_018_2013.rar.
- Consejo económico y social de la organización de las naciones unidas, “Documentos Oficiales del Consejo Económico y social, 2013, Suplemento No. 10A (E/2013/30/Add.1).
- Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993.
- Damaska, Mirjan, “Aspectos globales de la Reforma del Proceso Penal”, disponible en World Wide Web http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_31.pdf.
- Decreto Legislativo No. 957, Código Procesal Penal de la República del Perú.
- Decreto-Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013, Modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo, Gaceta Oficial Extraordinaria No.44 de 19 de diciembre de 2013.
- Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007.
- Díez Ripollés, José Luis, “De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005.
- Dirección nacional del sistema argentino de información jurídica, Código Procesal Penal de la Nación, Ley No. 27063, de 4 de diciembre de 2014, 1ra. Edición, Buenos Aires, Infojus, 2014.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Sexta Edición, traducción de Andrés Ibáñez, Perfecto y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- Galeano, Eduardo, “El sacrificio de la justicia en los altares del orden”, en Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996), en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Diciembre de 1997, Año 12, No. 14, disponible en World Wide Web <http://www.cienciaspenales.org/index.php?page=revistas>.
- Goite Pierre, Mayda (Coordinadora), *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2012.
- González quintanilla, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México D. F., 1999.

- Instituto interamericano de derechos humanos (IIDH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica, p. 32.
- Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G.-Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- Javier Rua, Ramiro, “El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, No. 3. 2012, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.
- León Álvarez, Enrique Rafael, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, T, XLII, Números 183, 184, mayo-agosto, México, UNAM, 1992.
- Ley. No. 5 de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977, disponible en World Wide Web <http://legislacion.sld.cu/index.php?P=DownloadFile&Id=442>.
- Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I. El “ius puniendi” (la potestad unitiva)*, Editorial Universitas S.A., 1996.
- Medina Cuenca, Arnel, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en *Instrumentos Jurídicos adoptados por la Comunidad internacional, relacionados con los principios limitativos del ius puniendi, la delincuencia organizada, el tráfico y la trata de personas*, Editorial vLex, Barcelona, 2014.
- Mejías Rodríguez, Carlos, “La presunción de inocencia y los medios de comunicación masiva”, en *La Souranité Mediática. Una riflessione tra ética, diritto ed economia, a cura di Eugenio Raúl Zaffaroni, Mario Caterini*, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Roma, 2014.
- Ministerio de Justicia de la República de Cuba, Código Penal cubano, Ley No 62 de 1987, Actualizado, Colección Jurídica, La Habana, 1999.
- Morillas Cueva, Lorenzo, “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 4. 22 de abril de 2002.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ma. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre del 2000.
- Oficina del alto comisionado de las naciones para los derechos humanos para los Derechos Humanos, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, p. 2, disponible World Wide Web http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm.
- Pásara, Luis, “Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana”, en *Fundación para el Debido Proceso; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad*, Instituto de Defensa Legal, Diseño gráfico: ULTRA Designs, 2014.
- Portilla Contreras, Guillermo, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Portilla Contreras, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía– Akal, Madrid, 2005.

- Programa de las naciones unidas para el desarrollo (PNUD), Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014, Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, p. 3.
- Roxin, Claus, “¿Tiene futuro el Derecho Penal?”, en *Revista del Poder Judicial*, 3ra época, No. 49, Editor: Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- Salazar, Katya y Arteaga, Leonor, Presentación del Libro: *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Fundación para el debido proceso. DLPF. 2013. Washington, D.C., 2006.
- Sanz Mulas, Nieves, “De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de GüntherJakobs, El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.14, 2012.
- Sarre Iguiniz, Miguel, Las penas sustitutivas de prisión, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.
- Schmid, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. de J. M. NÚÑEZ, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014.
- Terradillos Basoco, Juan, “Sistema penal y criminalidad internacional”, en Nieto Martín (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001.
- Velásquez V, Fernando, Globalización y Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, disponible en World Wide Web https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2012.

CONCEPTUALIZACIÓN, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Por *Nadia Noemí Franco Bazán*¹

Sumario: I. Concepto de Prisión Provisional. II. Naturaleza de la Prisión Preventiva. III. Características generales de la prisión provisional. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. Concepto de Prisión Provisional

La prisión provisional es la medida cautelar personal más grave del ordenamiento jurídico especial. Depende su adopción (que es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional, aunque se requiere petición de las partes acusadoras) de la concurrencia de una posible imputación cuyo objetivo es garantizar la persona del imputado en la tramitación del proceso y en el desarrollo eficaz de la ejecución. Al igual que en la detención, la única causa que legitima la adopción de esta medida cautelar personal¹ es la presunta comisión de un delito, existiendo motivos suficientes para creer en la responsabilidad del imputado.

- 1 Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Especialista en Estudios Criminológicos por el Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá, Postgrado en Docencia Superior de la Universidad Latina de Panamá, Magister en Práctica Jurídica de la Universidad de Salamanca, España, Diploma de Estudios Avanzados (D.E.A.) en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, Especialista en Derecho Público de la ULACIT; Magister en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la ULACIT; Doctora en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Salamanca; Maestría en Derecho Procesal de la UAM; Especialista en Derecho Procesal Penal con mención en los principios, garantías y reglas constitucionales que fundamentan el sistema Acusatorio del INEJ de Nicaragua. Actualmente, estudia la Maestría en Estudios Criminológicos del Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá, labora en el Centro de Documentación de la Procuraduría de la Administración e imparte clases de Criminología y Derecho Administrativo en el Centro Regional Universitario de San Miguelito (CRUSAM).

Ver las SSTC 89/1983, 34/1987, 3/1992 y 230/1991.

La prisión preventiva o provisional es una figura muy polémica y ha sido definida por una infinidad de juristas. Por esta razón, vamos a transcribir algunas de las definiciones que consideramos son las más completas y que se complementan unas a las otras.

Antes de referirnos a diversas definiciones de los autores creemos necesario establecer la nuestra. Para nosotros la prisión preventiva o provisional² es una medida cautelar que priva de libertad corporal al presunto autor de un delito con la finalidad de asegurar que la investigación va a estar libre de obstáculos, que él comparecerá durante todo el proceso ante el Juez y que, en el caso de dictarse sentencia condenatoria, ésta será cumplida.

Teresa Armenta Deu establece que: “La prisión provisional supone la privación de libertad de un sujeto mediante su ingreso en un centro penitenciario mientras se encuentra pendiente un proceso penal frente a él y siempre que se cumplan los presupuestos, señalados en la ley. Constituye la medida cautelar más efectiva y a la vez más criticada, lo que no impide reconocer simultáneamente la dificultad de sustituirla por otra.”³

En virtud de que, algunas autores la llama prisión provisional y por otros prisión preventiva, consideramos importante anotar a continuación la definición que sobre ambas definiciones. Guillermo Cabanellas en su ilustre Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual señala que: “Prisión Provisional. Tecnicismo sinónimo de *prisión preventiva* (v), aunque preferida aquella locución por la Ley de Enj. Crim. esp. Lo de *provisional* destaca la revocabilidad de la medida; en tanto que lo de *preventiva* apunta a la finalidad institucional de la seguridad e incluso a la eventual compensación para el caso de condena.”⁴ La definición del concepto es aportada por Cabanellas bajo el vocablo de prisión preventiva en los siguientes términos: “Prisión Provisional. La que durante la tramitación de una causa penal se dispone por resolución

- 2 Nos apoyamos en el concepto dado por CALVO SÁNCHEZ, quien considera que: “La prisión provisional es una medida cautelar, de carácter personal, consistente en una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, en virtud de la cual se priva, a una determinada persona, con carácter provisional, de su libertad individual, mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario, a fin de asegurar bien su presencia en el juicio, cuando ésta sea necesaria, bien el cumplimiento de la posible condena que pueda recaer sobre él.” (CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: “Comentario de la Ley Orgánica de 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional”, en: Revista *La Ley*, 1983, N° 4, p. 1260.)
- 3 ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Quinta edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 2010, p. 169.
- 4 Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1984, p. 420.

de juez competente, por existir sospecha contra el detenido por un delito de cierta gravedad al menos y por razones de seguridad, para evitar la fuga u ocultación, así como la ulterior actividad nociva. Este tecnicismo aparece en el Cód. Pen. común argentino y en los castrenses de este país y de España; aún cuando la legislación de enjuiciamiento criminal española prefiere decir prisión provisional (v).”⁵

Por otra parte y coincidiendo con la postura de Cabanellas en cuanto a que la diferencia entre prisión provisional y prisión preventiva radica en un mero tecnicismo encontramos que Víctor Moreno Catena establece que: “La prisión provisional (prisión preventiva para otros, aunque todo se reduce a una pura cuestión terminológica) es admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, y representa hoy la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique. Consiste en la total privación al imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal.”⁶

Consideramos oportuno señalar que coincidimos con Odone Sanguiné en cuanto a que las denominaciones de *prisión provisional* y *prisión preventiva*, aunque utilizadas indistintamente por los autores incluyéndolo a él, no se diferencian únicamente por un mero tecnicismo sino que en el fondo hay una formulación filosófica que rebasa los límites meramente jurídicos y técnicos. Al respecto indica Sanguiné, haciendo referencia a María Teresa Martín López que “...la prisión provisional muestra su carácter evidentemente temporal y la expresión prisión preventiva hace referencia a la finalidad perseguida”.⁷

- 5 Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, op.cit., p. 420.
- 6 Moreno Catena, Víctor, “La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas. Las restricciones de la libertad personal, antes de la sentencia firme”, compilado por Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex Editorial, Madrid, 2001, p. 288.
- 7 Como señala Sanguiné, Odone, “*Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*”, Tirant Monografías, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 26. “La doctrina española utiliza indistintamente las expresiones *prisión provisional* y *prisión preventiva* para designar el mismo instituto. A pesar de que algunos autores sostienen que todo se reduce a una “pura cuestión terminológica (Moreno Catena, Víctor: en VV.AA. *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 524), se podría decir que la expresión *prisión provisional* muestra su carácter evidentemente *temporal* y la expresión prisión preventiva hace referencia a la *finalidad perseguida* (Ma. Teresa Martín López “*Relación de Síntesis*”, en VV.AA. *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales* (Coordinador Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 262), aunque el adjetivo provisional innegablemente también significa, como observa con perspicacia

Aunque al decir de Alberto Jorge Barreiro, también referido por Sanguiné, el adjetivo provisional innegablemente también significa el aligeramiento de la carga represiva e inquisitiva que implica el sustantivo *prisión*.⁸

A manera de conclusión, sobre la interpretación conceptual de ambos términos: prisión provisional y prisión preventiva, dice Sanguiné: “A la vista de lo anterior, es preferible la expresión *prisión provisional*, por su mayor amplitud y expresividad en la medida que destaca más netamente la idea de provisionalidad, y por lo tanto, de excepcionalidad, de la misma, y no tanto su carácter preventivo o de anticipación de la condena.”⁹

Pero, tal y como anunciamos previamente, Sanguiné opta por una postura ecléctica al igual que otros autores cuando dice: “En esta investigación utilizaremos ambos términos indistintamente con idéntico sentido.”¹⁰

La española Silvia Barona Vilar expresa que se trata de “una medida cautelar del proceso penal, cuya realidad y existencia, aunque dura y grave por las consecuencias que ella comporta en el sujeto que la padece, no puede ignorarse, ya que todos los ordenamientos jurídicos, sean progresistas o conservadores, capitalistas o socialistas, de todas las épocas, prevén y establecen la prisión provisional.”¹¹ No cabe duda de que la prisión provisional es muy severa y los abogados no podemos pasarla por alto porque aún mantiene su vigencia en los diferentes sistemas jurídicos que se aplican a nivel mundial. Además, mediante la adopción de esta medida cautelar¹² se restringe uno de

cia Jorge Barreiro, el aligeramiento de la carga represiva e inquisitiva que contiene el sustantivo *prisión*, siendo difícil que con un mero vocablo se lenifique la grave contradicción que supone el hecho de que una persona esté en prisión sin haber sido juzgada. A fin de cuentas el imputado que se halla privado de libertad lo está debido a la existencia de meros indicios y no de auténticas pruebas, pues su caso no ha sido sometido todavía a un juicio oral contradictorio en el que haya podido ejercitar con todas las garantías su derecho de defensa. (Barreiro, Alberto Jorge, *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, op. cit., p.1777)”

8 Sanguiné, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 26.

9 Ibid.

10 Sanguiné, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 27.

11 Barona Vilar, Silvia, *Prisión provisional y medidas alternativas*, op.cit., p.15.

12 Véase Barona Vilar, Silvia, “La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado (Tutela efectiva y doctrina constitucional 128/1995, de 26 de julio)”, en: *Revista General de Derecho*, N° 618, 1996, p. 1825.

los derechos fundamentales máspreciados por el ciudadano que es el “derecho a la libertad”.¹³

El jurista colombiano, Hernando Lodoño Jiménez, define la prisión provisional de la siguiente manera: “La detención provisional es un acto procesal de carácter jurisdiccional, por el que se dispone la privación de libertad personal para los fines de la investigación.”¹⁴

Por su parte, Guillermo Angulo González se refiere a lo grave de esta medida cautelar así como las implicaciones que la misma tiene para el detenido. Según el ilustre jurista colombiano, la prisión preventiva: “Representa dentro de las medidas de aseguramiento, la decisión más grave e importante que puede tomar el funcionario judicial al resolver la situación jurídica del sindicado, teniéndose en cuenta que mediante ella se afecta de una manera fundamental el derecho a la libertad individual, al libre desplazamiento y a la misma capacidad de autodeterminación de la persona.”¹⁵

Martínez Pardo¹⁶ considera que la prisión preventiva se puede definir como una medida cautelar que priva de libertad al imputado por un tiempo máximo establecido por la ley y que tiene la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia condenatoria que en su día se dicte, teniendo en cuenta el derecho fundamental a la libertad y el derecho a la presunción de inocencia. La prisión preventiva¹⁷ cercena la libertad del individuo, y sólo puede ser adoptada por la autoridad jurídica competente. Nosotros coincidimos en que ella cercena la libertad del individuo, pero sólo por un tiempo determinado que debería restringirse aún más y aplicarse como última ratio.

13 Asencio Mellado, *La prisión provisional*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, p.21.

14 Lodoño Jiménez, Hernando, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, p. 231.

15 Angulo González, Guillermo, *Captura, aseguramiento y libertad*, tercera edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1992, p. 114.

16 Martínez Pardo, Vicente José: “La prisión provisional. Principios y fines constitucionales”, disponible en World Wide Web: <http://www.uv.es/~ripj/6pri.htm>, p.1 y 2.

17 Otra definición que hace referencia a la libertad, como derecho fundamental del imputado, es la siguiente: “La prisión preventiva o provisional es aquella medida cautelar consistente en la total privación al imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal” (Ortego Pérez, Francisco: “Breves notas en torno a la prisión provisional: la audiencia del art. 504 bis 2 L.E.Crim.”, en: *Rev. Justicia*, N° 1, 1997, p. 187.)

El ilustre jurista Emile Jamais¹⁸ estima que la prisión preventiva es una medida necesaria, que se transforma en una garantía valiosa para la seguridad de la instrucción y para la ejecución de la pena que podrá ser aplicada. Otro especialista en la materia, Arturo J. Zavateleta, señala que: “La prisión preventiva es una medida precautoria de índole personal que crea al individuo sobre la cual recae un estado más o menos permanente de privación de la libertad física, soportada en un establecimiento público destinado al efecto, y que es decretado por Juez competente en el curso de una causa, contra el sindicado, como partícipe en la comisión de un delito reprimido con pena privativa de libertad, con el único objeto de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena.”¹⁹

Igualmente, Garrido Genovés y Gómez Piñana definen la prisión preventiva como: “La que durante la tramitación de una causa penal decreta el juez competente por existir sospechas en contra del detenido o por razones de seguridad.”²⁰ Toda medida cautelar adoptada en el curso de un proceso penal debe ser dictada por autoridad competente, siempre y cuando haya una sospecha concreta que apunte hacia el imputado.

Habiendo citado definiciones que resaltan el carácter severo de la prisión preventiva y la restricción de los derechos fundamentales, consideramos que también podemos seleccionar unas que destaquen el momento procedimental en el que debe acordarse y su importancia dentro del proceso. Una de estas definiciones es la del autor García Valdés,²¹ quien señala que por prisión preventiva vamos a entender, como concepto previo, el encarcelamiento que ordenado por la Autoridad Judicial, sufre el procesado durante la instrucción sumarial y con anterioridad al fallo sentenciador firme.²²

18 Jamais, Emile, “Des droits et des garanties del inculpé”, en: *Revue de droit penale*, Paris, 1965, p. 34.

19 Zavaleta, Arturo, *La prisión preventiva y la libertad provisional*, Ediciones Araya, Buenos Aires, 1954, p. 74.

20 Garrido Genovés, Vicente y Gómez Piñana, Ana M., *Diccionario de criminología*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p.282.

21 García Valdés, Carlos, *Estudio de derecho penitenciario*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, p.75.

22 De allí que la prisión provisional sea considerada, por Gimeno Sendra, como “una situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio.” (Gimeno Sendra, Vicente: “La prisión provisional y el derecho a la libertad”, en: *La Ley*, N°6, 1996, p. 1644.)

Ahora tenemos claro que esta medida cautelar se da durante la instrucción sumarial para poder asegurar el proceso y el posterior cumplimiento de la pena establecida por el Juez. En esta línea se puede situar también a Andrés Ibáñez,²³ quien estima que a la prisión preventiva²⁴ le corresponde situarse como una institución de carácter instrumental, en un lugar secundario dentro del proceso, dirigida a asegurar el normal desarrollo de éste y la eventual aplicación de una pena privativa de libertad que fuere impuesta. Coincide con él Llobet Rodríguez²⁵ quien considera que la prisión preventiva se basa en el peligro de que el imputado se fugue y se dificulte la realización del juicio oral.

José María Asencio Mellado presenta una amplia definición del concepto de prisión provisional que consideramos pertinente incorporar entre las que hemos presentado porque en ella también se deja entrever el momento del proceso en que la misma tiene aplicación. En esta definición se aprecia, además, una caracterización muy clara de la naturaleza de esta medida cautelar. Se destacan, asimismo, en la definición: el carácter personal, el interés del tribunal de asegurar el proceso así como también la temporalidad de la misma, durante el proceso. Para el destacado catedrático “La prisión provisional es una medida cautelar de carácter personal que se traduce en una privación del derecho a la libertad. Como tal responde al cumplimiento de unos fines, los típicos de este tipo de resoluciones, perfectamente determinados y con muy escasas variaciones en el Derecho comparado. Con las medidas cautelares y, por tanto, con la prisión preventiva, se pretende asegurar el proceso, tanto en relación con la propia persona imputada en el mismo, cuya presencia es irrenunciable, como en atención a los elementos de investigación y de prueba, función ésta que requiere un tratamiento diferenciado de la primera, pues también es distinta la consecución del objetivo que no siempre se logra privando de libertad al inculpado, ni en caso de hacerse, prolongando la misma más allá de un espacio temporal muy reducido e inmediato.”²⁶

- 23 Andrés Ibáñez, Perfecto, “El juez y la prisión provisional”, en: *Prisión provisional y detención preventiva y derechos fundamentales*, Cuenca, 1997, p. 15.
- 24 En este sentido, véase el concepto de Urquía Gómez, que exponemos a continuación: “La prisión provisional es una medida cautelar, de carácter personal, en virtud de la cual se priva a una determinada persona de su libertad individual a fin de asegurar su presencia en el acto del juicio oral, impidiendo su huida y garantizando el cumplimiento de la posible condena que le pueda ser impuestas.” (Urquía Gómez, Faustino: “Prisión preventiva”, en: *PJ*, N° 37, 1995, p. 257.)
- 25 Ver Llobet Rodríguez, Javier, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, Universidad para la Cooperación Internacional, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1997, p. 35.
- 26 Asencio Mellado, José María, “Reforma de la prisión provisional, el respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *Diario La Ley*, N° 6211, Sección doctrina, 16 de marzo de 2005, p.4.

El reconocido Magistrado del Tribunal Constitucional de España y Catedrático de Derecho Procesal, Vicente Gimeno Sendra, define la prisión provisional en términos que consideramos recogen todos los elementos fundamentales de este instituto, en tanto que para su elaboración no solamente se ha enmarcado en conceptualizaciones teóricas sino en lo resultante de la doctrina sobre el particular. Al respecto, indica el jurista lo siguiente: “De conformidad con nuestra Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunal Constitucional Europeo de Derechos Humanos) puede entenderse por prisión provisional la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad del imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral.”²⁷

Observemos que en la definición de Gimeno Sendra concurren varios elementos:

- La prisión provisional restringe el derecho a la libertad.
- El delito por el cual se utiliza el instituto debe ser de “especial gravedad”.
- Existe peligro de fuga del imputado.
- Se presume que el imputado no acudirá al juicio oral.

El Tribunal Constitucional de España ha sido reiteradamente claro al expresar que la prisión provisional es una medida cautelar que debe adoptarse cuando no sea posible recurrir, por diferentes motivos, a la libertad condicional. En la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003 de 24 de octubre se indica lo siguiente: “La excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente que la privación de libertad ha de ser la excepción”.

Por último, pero no menos importante, queremos ofrecer la visión del Tribunal Constitucional Español²⁸ sobre la prisión provisional, aunando aspectos conceptuales con características propias de su naturaleza jurídica.

27 Sendra Gimeno, Vicente, “La prisión provisional y derecho a la libertad”, compilación de Barbero Santos, Marino, *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Colección Estudios, Universidad de Castilla-La Mancha, Murcia, 1997, p. 141.

28 En la STC 47/2000 el TCE define la prisión provisional, del siguiente modo: “Así hemos señalado que la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (STC 41/1982, de 2 de julio, F.2) y que por tratarse de una institución cuyo

II. Naturaleza de la Prisión Preventiva

La naturaleza de la prisión preventiva es de carácter cautelar²⁹ y además excepcional.³⁰ La prisión preventiva sería una medida cautelar y excepcional en cuanto que, por un lado está destinada a prevenir, precaver o a cautelar las dificultades que pudiesen entorpecer el desarrollo del proceso y, es excepcional por cuanto se aparta de lo común u ordinario.

La prisión preventiva es una medida cautelar³¹ de carácter personal adoptada durante el proceso penal, acordada por la autoridad judicial y en virtud de la cual sólo se priva de libertad al imputado por un delito. El autor Martínez Pardo³² dice que tratándose de una medida cautelar se dan los elementos básicos de tales medidas que son: asegurar la presencia del imputado, asegurar la ejecución de una posible sentencia condenatoria y la existencia de presupuestos que justifiquen su adopción.

Mientras que para Martínez Pardo los elementos básicos que justifican la prisión preventiva son: el aseguramiento de la presencia del imputado y la existencia de presupuestos que justifiquen su adopción, tenemos que Sanguinetti opina que para que se dé la necesidad de adoptar la misma se tendrían que

contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguirse un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines (STC 128/ 1995, de 26 de julio, F.3. reiterada en la STC 62/1996, F.5.)” Ver la STC 47/2000 (Pleno), de 17 de febrero, Base de Datos de la Editorial Aranzadi, Madrid, p.9.

- 29 Vid. al respecto Campos Sánchez, Manuel, *La reforma de la prisión preventiva*, p. 15.; Barbero Santos, Marino, Gimeno Sendra, Vicente y otros, *Prisión provisional, detención preventiva y derecho fundamental*, Seminario Internacional en Toledo, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 1997, p. 149.; Barona Vilar, Silvia, *Prisión provisional y medidas...*, *op.cit.*, p.15; y Martínez Pardo, Vicente José: “La prisión provisional. Principios y fines constitucionales”, *op.cit.*, p.2.
- 30 Vid. Barbero Sánchez, Marino, Hormazabál Malarée, Hernán, y otros, *Prisión provisional...*, *op.cit.*, p. 169.
- 31 Véase Bultrón Baliña, Pedro M.: “Incidencia de la alarma social en la adopción de la prisión provisional. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1997, de 20 de mayo)”, *Revista General de Derecho*, N° 643, 1998, p. 4252.
- 32 Martínez Pardo, Vicente José: “La prisión provisional. Principios y fines constitucionales”, *op.cit.*, p.2.

encontrar fines que la justifiquen constitucionalmente (de un lado “que se cumplan escrupulosamente los fines que la justifiquen; y de otro, es indispensable también para la adopción de la medida la existencia de una imputación grave que haga racionalmente presumir el peligro de fuga”).³³

Barona Vilar establece con claridad que la principal función de la prisión provisional es la de medida cautelar. Al respecto nos indica que: “La función por excelencia de la prisión provisional ha sido y es la de servir de ‘medida cautelar personal del proceso penal’. Esta debería ser la única finalidad a cumplir. No obstante lo cual, los propios ordenamientos jurídicos introducen en su articulado distintas funciones que desvirtúan el verdadero alcance y sentido cautelar que está llamada a cumplir la prisión provisional.”³⁴

En reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional se hace referencia a la característica de excepcionalidad de la prisión provisional. Sobre la misma, Barona Vilar se expresa de la siguiente manera: “Este carácter de excepcionalidad ha sido asimismo proclamado por la S. del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1982, en la que, tras la consideración de la prisión provisional como una medida de privación de libertad, considera que debe regirse siempre por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de la configuración como medida cautelar.”³⁵

La prisión preventiva, como medida cautelar y excepcional,³⁶ sólo debe ser utilizada en última instancia, indica Calvo Sánchez. La libertad es un derecho fundamental de todo individuo, por eso su disminución o privación temporal jamás podrá ser con fines punitivos. Esta medida cautelar será aplicada por autoridad judicial en aquellos casos en que sea estrictamente necesario para poder resolver el caso.³⁷ Tal y como dice Asencio Mellado,³⁸ la privación de libertad de un individuo debe ser la excepción a la regla y el régimen de cumplimiento debe ser diferente al que se establece para personas que cumplen una pena privativa de libertad, como producto de una senten-

33 Sanguiné, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 378.

34 Barona Vilar, Silvia, *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, op. cit., p. 20.

35 Barona Vilar, Silvia, *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, op. cit., p. 27.

36 Véase Calvo Sánchez, María del Carmen: “Comentario a la Ley Orgánica de 23 de abril de 1983 sobre la reforma a la prisión provisional”, op.cit., p. 1267.

37 Véase Gimeno Sendra, Vicente: “La prisión provisional y el derecho a la libertad”, en: *La Ley*, Nº6, 1996, p. 1646.

38 Asencio Mellado, José María, *La prisión provisional*, op.cit., p.137.

cia final. De igual manera, Ramos Méndez³⁹ indica que una medida tan grave sólo aparece justificada con absoluto respeto a los principios constitucionales, por lo que conviene reiterar algunas convicciones fundamentales al objeto de prevenir los abusos que, por inercia, se vienen haciendo de la figura.

Asencio Mellado manifiesta su abierta preocupación sobre la aplicación de la excepcionalidad en la medida cautelar que nos ocupa, la prisión provisional, refiriéndose a la regulación de la norma. Según él apunta, este tema se utiliza hasta con fines propagandísticos durante las contiendas electorales porque el mismo tendría como escaparate la democracia.⁴⁰ Por considerar de gran relevancia para este aparte de nuestra tesis doctoral, presentamos aquí algunas de sus expresiones sobre la normativa reguladora de la excepcionalidad. Al respecto señala el autor: “En efecto, excepcionalidad y proporcionalidad encuentran un escaso refrendo en la normativa reguladora de la prisión provisional a pesar de que, ordinariamente, en todas las legislaciones suelen proclamarse pomposamente como principios rectores”.⁴¹

El punto básico de las observaciones de Asencio Mellado radican en que no es suficiente indicar en la Ley que la prisión provisional es una medida excepcional si no se han establecido con claridad, en su mismo contenido, cuáles son las otras opciones o las otras alternativas, tal y como sí han sido desarrolladas en otras legislaciones. Sobre este punto, este autor es enfático en señalar que: “No existe en nuestra norma procesal penal una relación, no ya suficiente, sino ni siquiera mínima de medidas cautelares ordinarias y preferentes.”⁴²

39 Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 272.

40 Asencio Mellado, José María, “Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *Diario La Ley*, N° 6211, Sección Doctrina, 16 de marzo, 2005, Ref. D-63, Editorial LA LEY.

41 La prisión provisional constituye un instrumento útil y fácil para la satisfacción de intereses electoralistas, una respuesta frente a la ciudadanía rentable en las ‘urnas’ y un arma arrojadiza frente al adversario que pretenda un mayor impulso democrático.”

Sin embargo Asencio Mellado no deja de reconocer que la reforma de 2003 sitúa a la legislación española, en este aspecto, “entre las más avanzadas”, aunque insiste en que el nuevo modelo que establece la nueva ley continua siendo inadmisiblemente constitucionalmente. También adelanta su postura sobre el hecho de que no solamente la prisión provisional, al tener como consecuencia una privación de libertad, viola Tratados Internacionales que son vinculantes para el juzgador y no deberían ser vistas solamente como principios informadores. Vid. Asencio Mellado, José María, “Reforma de la prisión provisional, op. cit., p. 7 y ss.

42 Asencio Mellado, José María, “Reforma de la prisión provisional, op.cit., p.9.

El problema radica en que las otras medidas cautelares, que deben ser las ordinarias para no tener que recurrir a la excepcional, la prisión provisional, no han sido desarrolladas en la LECrim.

Existe un problema sustancial en cuanto a la aplicación del principio de excepcionalidad y es que en la LO 13/2003, de 24 de octubre, no se presenta regulación alguna sobre las otras medidas alternativas a la prisión provisional que permitan su adopción y que eviten la merma al derecho a la libertad que representa la prisión provisional. Esta carencia abre el camino para la violación de un conjunto de derechos humanos consagrados en la Constitución Española y en normas de carácter internacional como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

El uso apropiado de la prisión preventiva como medida excepcional evitaría violar el derecho a la libertad y también el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dice:

“Artículo 11. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa...”

La aplicación, de forma generalizada, de la prisión preventiva como medida cautelar, violaría el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴³ La aplicación de la prisión preventiva de manera regular y no excepcional es una contradicción jurídica del principio de excepcionalidad así como del principio de presunción de inocencia consagrado en el Artículo 9 del referido pacto que dice:

“Artículo 9.

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

43 PIDCP, A.G. res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (Nº 16) p. 52, ONU Doc. a/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”

De todo lo anterior se infieren, a nuestro modo de ver, cuatro elementos importantes que son:

- No se debe privar al individuo de su derecho a la libertad.
- A nadie se le puede decretar detención o prisión arbitrarias.
- La prisión provisional es la excepción y no la regla general.
- De no ser así, la utilización de la prisión preventiva violaría el principio de presunción de inocencia.

III. Características generales de la prisión provisional

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española regula la prisión provisional en el Libro Segundo, Título VI, Capítulo III, en los arts. 502 al 519.

Los caracteres de fácil reconocimiento en la prisión preventiva son: su instrumentalidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad. Estas mismas figuras son denominadas reiteradamente por los autores como características, como es el caso de Armenta Deu.

1. INSTRUMENTALIDAD

La prisión preventiva no puede considerarse un fin sino una medida preordenada a un proceso penal y al cumplimiento de una sentencia. La primera de las consecuencias de un proceso penal es la sanción y por ello la prisión preventiva es una medida cautelar que sirve de instrumento para la ejecutividad de una sentencia futura. Sobre esta característica dice Armenta Deu que: “La instrumentalidad evita que la prisión provisional sea un fin en sí misma y obliga a configurarla como mero instrumento para hacer efectivos los fines cuya obtención la justifican.”⁴⁴

44 Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 169.

Respecto a la instrumentalidad, Asencio Mellado⁴⁵ afirma que la prisión provisional, como un instituto de naturaleza cautelar, tiene la finalidad de asegurar el proceso mediante el sometimiento del imputado al órgano jurisdiccional que adoptó la cautela. De allí que la justificación de esta medida se basa en el retraso del proceso y la lentitud de la justicia. Si no existiera la mora judicial y las sentencias se decretaran de inmediato, entonces la prisión preventiva perdería su vigencia como medida cautelar.

Asencio Mellado, refiriéndose a la instrumentalidad, establece que la prisión preventiva no puede ser equiparada ni siquiera indirectamente a una medida de seguridad porque se entraría en abierta contradicción con la característica de instrumentalidad que es característica propia de las medidas cautelares. Al respecto, citamos textualmente lo externado por el autor: “No puede la medida ser equiparada, aunque lo sea indirectamente, a las de seguridad, en este caso siempre predelictuales. En primer lugar, porque la función de evitación de una posible, teórica e indiscriminada reiteración delictiva, choca frontalmente con la instrumentalidad propia de toda medida cautelar que hace referencia al aseguramiento de un concreto y determinado proceso, no de otros futuros o distintos aunque pudieran estos últimos acumularse al primero.”⁴⁶

Por otro lado, Martínez Pardo⁴⁷ considera que, dado que la prisión preventiva es una medida de carácter instrumental, que necesita de una legitimación para sus fines, solamente podrá adoptarse cuando persigue las finalidades que precisa la Ley. Nosotros entendemos que tales finalidades deberán ser acordes con los principios constitucionales que protegen el derecho a la libertad y además serán congruentes con la medida cautelar adoptada.

La prisión provisional se impone por razón de la existencia de un proceso y atendiendo a la posible pena aplicable en la comisión de delitos graves. Al respecto, Asencio Mellado⁴⁸ considera que, dentro de las medidas cautelares en el ámbito penal, hay una excepción, porque la detención, por su propia naturaleza, puede ser aplicada antes de iniciarse el proceso. La detención, a la que se refiere el autor, se puede llevar a cabo siempre y cuando se tome en cuenta la posibilidad de apertura del proceso. Lo que debemos tener claro es que la prisión preventiva se decreta dentro de un proceso penal y si el mismo se extingue, entonces ésta se revoca de inmediato y la persona debe ser puesta en libertad.

45 Asencio Mellado, *La prisión provisional*, op.cit., p.138.

46 Asencio Mellado, José María, “Reforma de la prisión provisional, el respeto a la excepcionalidad”, op. cit., p.4.

47 Martínez Pardo, Vicente, “La prisión provisional. Principios y fines constitucionales.” op.cit., p.10.

48 Asencio Mellado, *La prisión provisional*, op.cit., p.3.

Todas las reflexiones anteriores nos llevarían a concluir, tal y como iniciamos este aparte de nuestra tesis doctoral, compartiendo la opinión de Sanguiné, quien al referirse a la instrumentalidad de la prisión preventiva, indica que: “...la prisión provisional no constituye un fin en sí misma, pues su adopción depende de la concurrencia de una posible imputación; su finalidad no es otra que asegurar un *proceso penal en curso*, es decir, garantizar la persona del imputado en la tramitación del proceso y en la eficaz desarrollo de la ejecución, por lo que lógicamente habrán de finalizar necesariamente cuando sobrevenga sentencia o auto de sobreseimiento...”⁴⁹

2. PROVISIONALIDAD

Cuando nos referimos a la provisionalidad de la prisión provisional lo anterior nos lleva inmediatamente al contenido del mismo concepto: *interino, temporal*. Si a la prisión provisional no se le establecen términos o límites en la Ley entonces se estaría confundiendo la medida cautelar con la misma pena. Por otro lado, este principio también pone de manifiesto el hecho de que, al no ser permanente, permite, con mayor facilidad, la revisión de la misma medida. Sobre este aspecto de la revisión, expresa Asencio Mellado lo siguiente: “A su vez, la medida debe ser revisada cada vez que varíen las circunstancias que aconsejaron su acuerdo, sean las referidas a la imputación y sus consecuencias en el delito presuntamente cometido, o sean las atinentes al peligro concreto que se quiere prevenir.”⁵⁰

La provisionalidad también se fundamenta en la existencia del proceso y la futura aplicación de la sentencia. La prisión provisional cumple su carácter de provisionalidad porque no es una resolución definitiva y depende de la existencia de un proceso penal. Esta medida cautelar personal no puede permanecer vigente más allá de la culminación del proceso, pues si así fuese estaría violando su carácter provisional.

Hay que tener en cuenta que la nota de la provisionalidad se da en la prisión provisional no sólo porque no pueda durar más de lo que dura el proceso, sino porque puede acabar en cualquier momento si cambian las circunstancias o desaparecen los motivos que hicieron que se decretara.

La provisionalidad de la prisión preventiva es una característica que siempre sale a relucir cuando se desarrolla el tema de la duración de esta medida

49 Sanguiné, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 96.

50 Asencio Mellado, José María, “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, *Diario La Ley*, edición N° 1, Editorial La Ley, Madrid, noviembre 2008, p. 4 (Esta doctrina forma parte del libro *Nuevos retos de la justicia penal*).

cautelar. Al respecto, y en relación con lo expresado más arriba, podemos citar la opinión de Gimeno Sendra, que dice así: “La tercera característica de la prisión provisional consiste, como su nombre indica, en poseer una naturaleza *provisional*, pues, como señala el art. 528 L.E.Crim, «la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado».”⁵¹

Todo parece indicar que la naturaleza provisional de la prisión provisional se encuentra en un punto medio entre la detención policial y la pena privativa de libertad. Al respecto veamos lo expresado por Gimena Sencra, quien dice: “Se diferencia así la prisión provisional de otras instituciones afines, tales como la detención policial que es ‘provisionalísima’ (ya que tan sólo puede durar veinticuatro horas, al tenor de lo dispuesto en el art. 496 LE-CRIM) y la pena privativa de libertad que es una medida de ejecución y, en cuanto tal, definitiva.”⁵²

Sobre esta característica, la provisionalidad, consideramos oportuno analizar más en detalle alguno de sus elementos como son: duración, plazos máximos, prórroga del plazo, cómputo del plazo o expiración del plazo.

En cuanto a la duración del plazo, ya se ha expresado lo señalado por la L.E.Crim en cuanto a que éste sólo deberá durar hasta que subsistan los motivos que la han ocasionado. Por otro lado el artículo 17.4 CE, tal y como lo indica Teresa Armenta Deu: “exige que la ley prevea un plazo máximo de duración de la prisión provisional, garantía que se completa doblemente con la también garantía constitucional a un plazo razonable y el respeto a la característica de la instrumentalidad de la medida cautelar que nos ocupa.”⁵³

Armento Deu también hace referencia al concepto de plazo razonable, que se deduce de lo establecido en el artículo 504.1 LECrim, cuando ésta se refiere al tiempo imprescindible. Sobre el particular, la autora hace referencia a la violación de los derechos fundamentales cuando se exceden esos tiempos, indicando lo siguiente: “El art. 504.1, al prescribir que la medida ‘durará el tiempo imprescindible...’ consagra la doctrina constitucional del ‘plazo razonable’ con arreglo a la cual, si bien deben fijarse unos máximos, las circunstancias concretas del caso conducirán a que la situación de limitación del derecho fundamental sea la mínima imprescindible a tenor de los objetivos concretos. Toda situación cautelar (prisión o detención preventiva) que exce-

51 Gimeno Sendra, Vicente: “La necesaria reforma de la prisión provisional”, *Diario La Ley... op.cit.*, p.3.

52 Gimeno Sendra, Vicente, “La prisión provisional y derecho a la libertad”, *op. cit.* p. 147.

53 Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 171.

de estos límites vulnera el derecho a la libertad del art. 17 CE, como sucedería con los plazos máximos a los que inmediatamente se hace referencia.”⁵⁴

A manera de referencia del análisis realizado en el párrafo anterior veamos lo estipulado por el artículo 504.1 de la LECrim:

“Artículo 504.1. La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.”

Todo lo anterior nos lleva a concluir que, en efecto, la provisionalidad o temporalidad de la prisión preventiva establece, en todas las condiciones en que se aplique la misma, que la detención que provee esta medida cautelar, queda sujeta a la variación de muchas circunstancias como podrían ser: las razones o motivos que llevaron a que se decretara la misma, la condición del imputado (ejemplo: enfermedad del detenido, nuevas evidencias, etc.) que lleven al juez a dejar sin efecto la medida o a sustituirla por otra de las medidas alternativas a la misma.

El artículo 508.1 de la LECrim establece una de las circunstancias en las que el Juez o Tribunal, en aplicación de la característica de provisionalidad, o de variabilidad, puede sustituir la prisión preventiva por el arresto domiciliario. La norma establece lo que se transcribe a continuación:

“Artículo 508.1 El Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la prisión provisional del imputado por su arresto domiciliario cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El arresto domiciliario se acordará con la vigilancia que resulte necesaria. El Juez o Tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad siempre con la vigilancia precisa.”

Otra circunstancia que puede llevar al Juez o al Tribunal a variar la prisión preventiva por otra medida cautelar sería en el caso de imputados que están bajo tratamiento por desintoxicación. En el artículo 508.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ve, asimismo, reflejada con claridad, la característica de la provisionalidad de la prisión preventiva. La norma establece lo que se cita a continuación:

“Artículo 508.2. En los casos en los que el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el re-

54 Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 172.

sultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del Juez o Tribunal que hubiera acordado la medida.”

Obsérvese que la norma contempla la medida alternativa a la prisión preventiva que se denominaría: reclusión en centro de rehabilitación o desintoxicación a sustancias estupefacientes cuando el tratamiento se hubiese iniciado antes del inicio de la prisión preventiva y no después.

Otro artículo de la LECrim que permite observar diáfamanamente el carácter de provisionalidad de la prisión preventiva es el 539 que a la letra reza:

“Artículo 539. Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa.

En consecuencia, el imputado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio.

Para acordar la prisión o la libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 505.

No obstante, si a juicio del Juez o Tribunal concurrieren los presupuestos del artículo 503, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el imputado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia.

Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte.”

Por otro lado, volviendo al art. 504 LECrim., éste sólo ha contemplado dos eventos en los cuales se puede producir una prórroga del plazo de la prisión provisional o preventiva que son:

- Cuando se haya acordado para asegurar la presencia del imputado, proteger bienes jurídicos de la víctima o evitar reiteración delictiva.

- Cuando se haya recurrido la sentencia condenatoria.

3. JURISDICCIONALIDAD

La jurisdiccionalidad de la prisión preventiva deviene como consecuencia del carácter instrumental de la misma y, entre otros, del principio de exclusividad de jurisdicción, no pudiendo adoptarse más que por la autoridad judicial competente⁵⁵, previa petición de las partes acusadoras. Al hablar de la jurisdiccionalidad como nota esencial de la prisión preventiva, Gimeno Sendra afirma que: “En materia, pues, de restricción del derecho a la libertad la jurisdicción ostenta el más amplio monopolio. A ningún otro poder del Estado se le autoriza a limitar ese derecho. En particular, dispone el art. 25.3 que la Administración «no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad», prohibición que convierte en inconstitucional cualquier suerte de arresto administrativo sancionador, como lo fue, en el anterior régimen autocrático, el tristemente famoso «arresto por impago de multas», en la práctica, utilizado para reprimir la infracciones contra el «orden público».”⁵⁶

- 55 La autoridad competente para decretar la prisión preventiva es el Juez y así lo expresa en varias de sus sentencias el Tribunal Constitucional. Vamos a transcribir parte de la STC 3/1992, fundamento jurídico 5.º, a continuación:

“De ello se deduce que la medida cautelar personal que nuestras leyes penales conocen como prisión provisional ha de ser adoptada por un Juez –y que dicho órgano ha de adoptar dicha medida que no ha de olvidarse es cautelar y, por tanto, excepcional en plena sintonía con los criterios legales [por todas, STC 34/1987 del 12 de marzo de 1987 ([RTC 1987\34](#)), fundamento jurídico 2.º]. Sentado lo que antecede por nuestro ordenamiento, ante la radicalidad de la medida para un bien jurídico tan preciado como es el de la libertad, no se impone al Juez que la adopte de un modo mecánico ni automático, sino que deja a su necesario arbitrio [SSTC 89/1983 del 2 de noviembre de 1983 ([RTC 1983\89](#)), fundamento jurídico 3º, 230/1991 del 10 de diciembre de 1991 ([RTC 1991\230](#)), fundamento jurídico 6.º], al aplicar caso por caso dicha medida cautelar. De esta suerte, el arbitrio que establece la Ley tienen como contrapartida de control y de seguridad jurídicos, que el Juez –y quienes tiene encomendada la función de verificación de tal medida- manifieste expresamente, aunque sea de modo parco y sucinto, las razones de entre las legalmente previstas que le han llevado a adoptar la resolución restrictiva de derechos que, aunque provisional, no deja de tener efectos tan graves como si fuera definitiva, dada la no fungibilidad de un derecho fundamental, valor radical además del ordenamiento jurídico, como es el de la libertad, único elemento que aquí interesa [STC 11/1985 del 11 de octubre de 1985 ([RTC 1985\11](#)), fundamento jurídico 6.º].”

- 56 Gimeno Sendra, Vicente: “La necesaria reforma de la prisión provisional”, *Diario La Ley...* *op. cit.*, p.1.

Dicho lo anterior, la jurisdiccionalidad es elemento intrínseco o una de las principales características de la prisión provisional, instituto al cual puede accederse sólo dentro del proceso penal y únicamente por los órganos debidamente facultados, sean éstos jueces o tribunales para acordar la misma.

Al referirse a la jurisdiccionalidad, Asencio Mellado pone de manifiesto que esta característica es consecuente con el principio de exclusividad jurisdiccional que está debidamente establecido en los artículos 25.3 y 117.3 de la CE de allí que él indique que “su adopción le ha de ser vedada a las autoridades administrativas.”⁵⁷

Por su parte, el artículo 502.1 LECrim. expresa lo siguiente:

“Art. 502.1. Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el Juez de lo Penal o Tribunal que conozca de la causa.”

Del artículo anterior se desprende que la prisión provisional sólo podrá ser decretada por el Juez o Magistrado que corresponda en cada caso. De allí que Gimeno Sendra diga que el juez competente para decretar la prisión provisional debe ser el juez legal diseñado por la Constitución, llegando a expresar la siguiente conclusión: “Ese juez de instrucción competente para dictar la medida que nos ocupa ha de ser el juez legal diseñado por la Constitución. A ésta conclusión se hace obligado llegar, si se piensa que todo órgano jurisdiccional ha de ser respetuoso con su constitución y funcionamiento con la exigencia constitucional de que «predeterminado por Ley» (art. 24.2 de la Constitución), por lo que, si el órgano jurisdiccional habilitado para dictar la prisión provisional le afecta el también derecho fundamental al juez legal (art. 24.2 Constitución), es claro que constituirá una infracción a dicho derecho fundamental, no sólo que la adopción de la prisión provisional se desgajara, *ad hoc* o *ad persona*, de una instrucción en curso, sino también que el propio juez de instrucción competente no fuera el Juez, predeterminado por la propia Constitución, esto es el «juez independiente y sometido al imperio de la Ley» (art. 117.1 de la Constitución).”⁵⁸

De lo expresado líneas arriba se aprecia que en la jurisdiccionalidad radica el principio de exclusividad establecido por los artículos 25.3 y 117.3 de la Constitución Española.⁵⁹

57 Asencio Mellado, José María, *La prisión preventiva*, *op. cit.*, p. 50.

58 Gimeno Sendra, Vicente: “La prisión provisional y el derecho a la libertad”, *La Ley*, N°6, 1996, p. 1644.

59 Vid. en este sentido Asencio Mellado, José María, *La prisión provisional*, *op. cit.*, p.49.

Al respecto Delabrida señala que: “En el seno de la prisión provisional el principio de la exclusividad de la jurisdicción implica que sólo podrá ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente, es decir el “juez o el magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa” (Art. 503 LECrim). Así pues no se atiende al principio con cualquier orden judicial, sino que únicamente con una resolución emanada del órgano jurisdiccional competente, que por fuerza de mandato constitucional, deberá ser independiente e imparcial.”⁶⁰

Sanguiné se refiere a la jurisdiccionalidad coincidiendo en que ésta es una de las características que legitima el principio constitucional de la prisión preventiva. En cuanto a la jurisdiccionalidad, ésta se cumple cuando, al dictar prisión provisional, se adopte o mantenga la medida “por el órgano jurisdiccional competente, es decir, por el juez natural, no pudiendo en caso alguno ser decretada ni por los particulares ni por la Autoridad gubernativa u órganos de la Administración...”⁶¹

A manera de síntesis, podemos indicar que la medida cautelar que estamos estudiando se caracteriza, de manera fundamental, por su jurisdiccionalidad, porque al restringir el derecho a la libertad sólo podrá ser interpuesta por el juez competente. De allí que de esta característica se desprende el carácter monopolístico de la misma porque su aplicación está restringida a un solo poder del Estado, el Judicial. Además lo aquí expresado implica tomar en consideración que entre las características de la prisión preventiva, la jurisdiccionalidad se refiere única y exclusivamente al orden jurisdiccional penal. En otras palabras los únicos que pueden imponer esta medida cautelar son los jueces o tribunales penales.

60 En cuanto al fundamento de la jurisdiccionalidad de la prisión preventiva Delabrida indica que: “El fundamento de este presupuesto es evidente. La prisión provisional implica la restricción de un derecho fundamental - libertad - que constituye un valor superior y conformador de todo el ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), imprescindible para la dignidad de todo ser humano. En este ámbito, la Jurisdicción goza de total monopolio, ya que a ningún otro Poder del Estado le ha sido otorgada la posibilidad de restringir un derecho fundamental.”. Vid. Delabrida, Sidney Eloy, *La prisión provisional en el ordenamiento procesal brasileño desde la regulación procesal española*, (Tesis Doctoral para optar por el grado de Doctor), Universidad de Navarra, S/E, p. 213 y 216. Disponible en World Wide Web: [http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/17397/1/Tesis%20 Doctoral%20-%20Sidney%20Eloy%20Dalabrida.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/17397/1/Tesis%20Doctoral%20-%20Sidney%20Eloy%20Dalabrida.pdf).

61 Sanguiné, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 96.

IV. Conclusiones

La prisión provisional es una medida cautelar que priva de libertad corporal al presunto autor de un delito con la finalidad de asegurar que la investigación va a estar libre de obstáculos, que él comparecerá durante todo el proceso ante el Juez y que, en el caso de dictarse sentencia condenatoria, ésta será cumplida.

La naturaleza de la prisión provisional es de carácter cautelar y excepcional que deberá ser acordada por la autoridad judicial y en virtud de la cual se priva de libertad al imputado por un delito, por lo tanto, sin haber sido condenado previamente.

Bibliografía

- Andrés Ibáñez, Perfecto, “El juez y la prisión provisional”, en: *Prisión provisional y detención preventiva y derechos fundamentales*, Cuenca, 1997, p. 15.
- Angulo González, Guillermo, *Captura, aseguramiento y libertad*, tercera edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1992, p. 114.
- Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Quinta edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 2010, p. 169.
- Asencio Mellado, José María, “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, *Diario La Ley*, edición N° 1, Editorial La Ley, Madrid, noviembre 2008, p. 4.
- Asencio Mellado, José María, “Reforma de la prisión provisional, el respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *Diario La Ley*, N° 6211, Sección doctrina, 16 de marzo de 2005, p.4.
- Asencio Mellado, *La prisión provisional*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, p.21.
- Barona Vilar, Silvia, “La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado (Tutela efectiva y doctrina constitucional 128/1995, de 26 de julio)”, en: *Revista General de Derecho*, N° 618, 1996, p. 1825.
- Barona Vilar, Silvia, *Prisión provisional y medidas alternativas*, op.cit., p.15.
- Barreiro, Alberto Jorge, *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, op. cit., p.1777.
- Bultrón Baliña, Pedro M., “Incidencia de la alarma social en la adopción de la prisión provisional. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1997, de 20 de mayo)”, *Revista General de Derecho*, N° 643, 1998, p. 4252.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1984, p. 420.
- Calvo Sánchez, María del Carmen, “Comentario de la Ley Orgánica de 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional”, en: *Revista La Ley*, 1983, N° 4, p. 1260.
- Delabrida, Sidney Eloy, *La prisión provisional en el ordenamiento procesal brasileño desde la regulación procesal española*, (Tesis Doctoral para optar por el grado de Doctor), Universidad

- de Navarra, S/F, p. 213 y 216. Disponible en World Wide Web: [http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/17397/1/Tesis%20 Doctoral%20-%20Sidney%20Eloy%20 Dalabrida.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/17397/1/Tesis%20Doctoral%20-%20Sidney%20Eloy%20Dalabrida.pdf).
- García Valdés, Carlos, *Estudio de derecho penitenciario*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, p.75.
- Garrido Genovés, Vicente y Gómez Piñana, Ana M., *Diccionario de criminología*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p.282.
- Gimeno Sendra, Vicente: “La prisión provisional y el derecho a la libertad”, en: *La Ley*, N°6, 1996.
- Jamais, Emile, “Des droits et des garanties del inculpé”, en: *Revue de droit penale*, Paris, 1965, p. 34.
- Llobet Rodríguez, Javier, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, Universidad para la Cooperación Internacional, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1997, p. 35.
- Londoño Jiménez, Hernando, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, p. 231.
- Martínez Pardo, Vicente José: “La prisión provisional. Principios y fines constitucionales”, disponible en World Wide Web: <http://www.uv.es/~ripj/6pri.htm>, p.1 y 2.
- Moreno Catena, Víctor, “La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas. Las restricciones de la libertad personal, antes de la sentencia firme”, compilado por Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex Editorial, Madrid, 2001, p. 288.
- Ortego Pérez, Francisco: “Breves notas en torno a la prisión provisional: la audiencia del art. 504 bis 2 L.E.Crim.”, en: *Rev. Justicia*, N° 1, 1997, p. 187.
- Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 272.
- Sanguiné, Odone, “Prisión Provisional y Derechos Fundamentales”, Tirant Monografías, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Sendra Gimeno, Vicente, “La prisión provisional y derecho a la libertad”, compilación de Barbero Santos, Marino, *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Colección Estudios, Universidad de Castilla-La Mancha, Murcia, 1997, p. 141.
- Urquía Gómez, Faustino: “Prisión preventiva”, en: *PJ*, N° 37, 1995, p. 257.)
- Zavaleta, Arturo, *La prisión preventiva y la libertad provisional*, Ediciones Araya, Buenos Aires, 1954, p. 74.

LA IMPOSICIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PROVISIONAL: DEL INQUISITIVO AL ACUSATORIO MODIFICACIONES IMPOSTERGABLES EN EL PROCESO PENAL CUBANO

Por Carlos Alberto Mejías Rodríguez*

“... en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la de la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos; porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo.”

Cesare Bonesa, marqués de Beccaria
De los delitos y de las penas.
Ed. Alianza S.A, Madrid, 1968, p.82.

Sumario: I. Introducción. II. Una mirada a la historia, pasando por la actualidad procesal de la cuestión en Cuba. III. La naturaleza jurídica - procesal de la prisión provisional y el estado jurídico de inocencia. IV. Los presupuestos legales para imponer la prisión provisional y las problemáticas que se presentan en el sistema procesal cubano. V. El plazo razonable de la prisión preventiva. Términos y permanencia. VI. Órganos facultados. La necesaria intervención del juez natural. VII. Razones para el cambio y propuestas de *lege ferenda*. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

El título de este artículo, pudiera originar preocupaciones al lector foráneo y casi seguro provocará de forma inmediata e instintiva varios interrogantes a las que debemos anticiparnos y *ab initio* de esclarecer. Quizá lo más llamativo, puede ser el cuestionamiento si el sistema de enjuiciar en Cuba es de corte inquisitivo puro y no mixto o inquisitivo reformado como muchos autores estiman. Lo cierto es que la doctrina nacional mayoritaria le ha llamado

“mixto” por la presencia de dos etapas procesales, una de ellas de corte inquisitivo –en cuyo ámbito se encuentra la prisión provisional– y otra etapa donde prevalecen los criterios del sistema acusatorio.¹

Del título cabe entender también, como hace unos años dijo Bodes, que el sistema de enjuiciar, aunque es un factor que influye, no es esencialmente determinante en cuanto al mantenimiento en prisión provisional del acusado,² planteamiento de este autor, que quizá estuvo imbuido por el carácter axiológico que alcanza la toma de la decisión sobre la medida cautelar, unido a la política criminal de los Estados que promueven en cada momento histórico, un mayor o menor uso de la justicia penal y la prisión; lo cuestión que se constata en la actualidad con variados ejemplos demostrativos de que no ha sido la invocación al sistema procesal en los códigos procesales modernos, el que resuelve las problemáticas que la prisión provisional plantea.

Sin embargo, ya no hay dudas de que la norma procesal es el reflejo del sistema de enjuiciar y en la medida en que sus componentes legales exijan determinadas, garantías, deberes, obligaciones, requisitos, presupuestos y prerrogativas a sus intervinientes y muy especialmente a las partes; el intérprete y operario del sistema, estará en mejores condiciones de aplicar con racionalidad y objetividad la medida cautelar que como reiteraremos a instantes en este trabajo, es la que más afecta los consabidos derechos individuales.

El tema no es pacífico. Uno de los aspectos más deficitarios del discurso jurídico- penal en Latinoamérica está constituido por el encarcelamiento preventivo, institución problemática que plantea disfunciones marcadas entre la norma y la realidad; bastaría con observar las cifras de los llamados “presos sin condena”³ para percatarnos de que aun los países de la región que han

1 * Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

Mendoza, Díaz, Juan y González Chau, Laura, *La audiencia preliminar, una efectiva contribución al principio acusador*, Perspectiva del Sistema penal acusatorio en Europa y Latinoamérica, coord. Gonzalo Armienta Hernández y Mayda Goite Pierre, Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2012, p.112.

2 Bodes Torres, Jorge, *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p.212.

3 Al respecto ver los informes periódicos sobre la situación carcelaria en los países latinoamericanos elaborados por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), Costa Rica. Investigaciones realizadas recientemente demuestran que: “El caso de los presos y presas sin condena era y continúa en gran medida siendo dramático e irónico, por cuanto un porcentaje importante de estas personas luego de permanecer mucho tiempo en prisión

asumido el sistema acusatorio de enjuiciar; la libertad como valor y garantía de los derechos fundamentales sigue siendo vulnerada.⁴

En Cuba ciertamente no se presenta una situación alarmante con relación a los detenidos en espera de juicio gracias a una política de celeridad de los asuntos penales con sujetos en ese *status* y también al llamado “flujo carcelario”, que evita el hacinamiento de detenidos en los centros penitenciarios. Sin embargo, tanto en el gremio como en las instituciones y la ciudadanía, se objeta el uso desmedido de la prisión preventiva, entendida a veces como una finalidad represiva y no precautoria de los órganos de persecución del delito e investigación criminal.⁵

En este sentido, pudiéramos decir, que la discusión se ha enfocado en los tres asuntos que en este trabajo traemos igualmente a discusión: las razones que justifican la medida cautelar de prisión provisional, los términos razonables de permanencia y la pertinencia del órgano facultado para su imposición.

Si optamos, como parece ser, en darle un viraje al actual sistema de enjuiciar, hacia el acusatorio, ello requerirá la eliminación de un grupo de limitaciones

terminan sobreesididas o absueltas. Otro alto porcentaje al momento de la condena son puestas de inmediato en libertad pues han permanecido en prisión preventiva tanto o más tiempo que el que les corresponde por la sentencia. Se invierten entonces las etapas del proceso, ya que durante la instrucción y el período de presunción de inocencia son encarceladas, y al momento de ser condenadas a prisión son puestas en libertad”. Carranza, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?”, disponible en World Wide Web www.anuariocdh.uchile.cl (accedido el 6 de febrero de 2015).

- 4 América Latina, el promedio de presos sin condena o de sindicatos sometidos a detención preventiva sin definición de su situación jurídica supera el 75% de la población reclusa. Carrillo Flores, Fernando, *Los retos de la reforma de la justicia en América Latina*, Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa, Santa Fe de Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, abril de 1999, p.39.
- 5 Planteamientos como los de Candía refieren que es necesario dotar de mayores garantías el procedimiento para el aseguramiento del acusado y, en especial, para la imposición de la medida cautelar de prisión provisional, que no debe mantener su lugar como medida de aseguramiento personal por excelencia. Candía Ferrera, José, “Instituciones Procesales Penales”, en *Reflexiones Sobre Su Modernización En Cuba*. Conferencia dictada en VII Congreso de La Sociedad Cubana de Ciencias Penales La Habana, Julio de 2007. Otros como Núñez y Herrera, han referido que una modernización de la legislación penal procesal debería incluir una limitación y condicionamiento de los términos para la imposición y sostenimiento de la medida cautelar de prisión provisional, incluyendo un control judicial. Herrera Gandol, Dimas y Núñez Grillo, Enrique, “El debido proceso penal como garantía de la defensa de los intereses sociales y de los individuales de la víctima y del acusado”, en *Derecho y litigios penales, Abogacía y derecho: gestión de conflictos jurídicos*, Ariel Mantecón Ramos (Director), Vol. 1, ed. ONBC, Habana, 2013, p.43.

sobre las medidas coactivas en el proceso, algunas de ellas, propias del sistema inquisitivo y que han sido arrastradas por los procesos penales de corte mixto, entre ellas: la declaración del acusado como un medio de prueba y no como un medio de defensa; la condición del acusado como parte procesal; la participación tardía del abogado defensor en el proceso; la secretividad de las actuaciones y la prevalencia del aseguramiento y no la libertad del imputado mientras dure el proceso; cuyos rasgos indican la presunción de culpabilidad y no la presunción de inocencia como derecho y criterio informador del debido proceso penal.⁶

Es sabido que no es nada fácil resolver la tensión resultante y encontrar un equilibrio aceptable entre los factores pragmáticos e ideológicos que producen la insatisfacción de los esquemas e instrumentos procesales existentes, sin embargo no basta con una imagen procesal garantista si sus instituciones y operadores del sistema de justicia penal, no adoptan tales posturas, como tampoco será suficiente la norma procesal penal, sino viene acompañada de pautas deónticas, ideales políticos y conceptos jurídicos que justifiquen la detención y la puesta en prisión del infractor.

II. Una mirada a la historia, pasando por la actualidad procesal de la cuestión en Cuba

La historia de la prisión cautelar del imputado a la espera de juicio está estrechamente vinculada con la presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión, siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Mientras en Roma se llegó tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventiva, en la Edad Media; con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente en la disponibilidad del cuerpo del acusado para obtener la confesión *per tormenta*.⁷

La prisión preventiva perdió prestigio en la época de la Ilustración con el redescubrimiento del proceso acusatorio; sin embargo la mayoría de los estudiosos siguieron justificándola, cual si se tratara de una “injusticia necesaria”, y llegado el fascismo, al tenerse en cuenta que la libertad individual era

6 El principio de presunción de inocencia representa una de las características más significativas del derecho procesal penal y del actual modelo del debido proceso. Jaen Vallejo, Manuel, *Derechos fundamentales y debido proceso*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Ed. Servicios Gráficos de Nicaragua, 2009, p.17.

7 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta S.A., Madrid, 1995.

una concesión que el Estado hacía al individuo en relación y subordinación al interés social, como todos los derechos individuales de ese momento, también la libertad fue una concesión estatal y podía quitársele cuando ese interés así lo aconsejara.⁸

Con el decursar del tiempo y desde otra perspectiva, el Estado Liberal de Derecho, ha pretendido justificar la prisión preventiva dado el peligro que se advierte en la alteración de la prueba y el riesgo de fuga del imputado, definiéndose así como una institución procesal de naturaleza cautelar, que aún no alcanza a insuflarse con la suficiente legitimidad que amerita.

En Cuba la primera norma procesal orgánica que entró en vigor fue la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1889 (LECRIM),⁹ la que producto de las beligerancias propias de la guerra de independencia hispano-cubana, unos años después estuvo acompañada por la Ley Procesal de Cuba en Armas de 1896, que también contempló aspectos vinculados a la detención y el aseguramiento.¹⁰ Posteriormente la LECRIM sufrió algunas modificaciones que le fueron hechas por el gobierno interventor de los Estados Unidos de América, por gobiernos de la etapa republicana¹¹ y en a partir de 1958 por

- 8 Sarrule, Oscar Emilio, *La Crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal (Abolicionismo o Justificación)*, ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 22.
- 9 La Ley de Enjuiciamiento Criminal fue promulgada en España por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; posteriormente por el también Real Decreto de 19 de Octubre de 1888, se hizo extensiva a Cuba y a Puerto Rico, con algunas modificaciones, y comenzó a regir el 1ro de enero de 1889, coincidiendo con la puesta en funcionamiento de las audiencias de lo criminal. Bodes, Ob. Cit., p. 30.
- 10 Este texto procesal considerado “genuinamente criollo”, exponía que en auto de procesamiento, se debía resolver también sobre la libertad o prisión preventiva del acusado y solo se admitía como medida cautelar la prisión preventiva, que de no imponerse este quedaba en libertad. Ídem, p, 35
- 11 En el periodo del 1898 al 1902 se dictaron las órdenes militares No 152/1900 y la No 213/1900, estableciendo requisitos y prerrogativas para dictar la prisión provisional. Más tarde en el año 1933, por el Decreto Ley No 3 se le adiciona al artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que extendió la aplicación a varios delitos la prisión provisional y en el mismo tenor el Decreto Ley No 51 y el No 292 ambos de 1934, el Decreto Ley No 491 de 1934 hasta que con la Constitución de 1940 las medidas de detención y aseguramiento adquieren rango constitucional. El 15 de Noviembre de 1948 entra en vigor la Ley No 5 conocida como “Ley contra el Gansterismo” que excluyó de fianza a personas acusadas por delitos de portación y tenencia de armas y explosivos y con total menosprecio a las leyes procesales vigentes, la tiranía batistiana promulgó el Decreto Ley 12 73 de 1954, obligando a los tribunales de urgencia a imponer la prisión provisional en todos los delitos que fuesen de su competencia. En los primeros años de la Revolución cubana se dictaron también varias normas que contemplaron tramites y prerrogativas para imponer la prisión provisional como lo fueron las Leyes No 425, No

el gobierno revolucionario, hasta que el primero de enero de 1974, mediante la Ley No 1251 de 1973 entró en vigor la Ley procedimiento penal¹² y llegado el año 1977 fue sancionada la vigente Ley No 5, que hasta el presente ha sufrido modificaciones mediante los Decretos – Leyes No 87 de 1985; el No 128 de 1991; el No 151 de 1994, el No 208 de 2000 y el No 310 del 2013.

Comentando sobre las notas **más importante que han tenido** estas leyes en lo relativo a la prisión preventiva, pudiéramos decir que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempló como presupuestos para disponer la prisión provisional: la existencia de un hecho que presentase caracteres de delito y razones bastantes para creer responsable criminalmente al presunto culpable e incluía en positivo las razones a tener en cuenta para no adoptar esa decisión, como los buenos antecedentes de conducta, inexistencia de indicios sobre evasión de la justicia, que el delito no haya producido alarma, ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio.¹³ Estos presupuestos fueron trasladados sin cambio alguno a la Ley 1251 y es con la promulgación de la actual Ley No 5 que se modifican los requisitos y motivos para decretar la prisión al inculcado en la etapa inicial en la intermedia o llegado el momento del juicio oral.

Durante los años en que la prisión provisional era aprobada por tribunales de justicia, su imposición estuvo condicionada al contexto y las circunstancias que en la sociedad cubana se fueron presentando; con vaivenes de disminución y aumento de las cifras de acusados en prisión preventiva y donde la racionalidad y prudencia en su imposición, no siempre armonizaron con coherencia y sistematicidad la política penal y criminal. Así ocurrió con las disposiciones emitidas por el tribunal superior a finales de la década del 70 y luego las orientadas en los años 80. En el año 1977 hubo una política de aplicación mesurada¹⁴ y luego en el año 1985 se instruyó a los Tribunales y

546 y No 634 de 1959 y las No 858 de 1960, la No 925 de 1961, la No 1033 de 1962 y la Ley No 1098 de 1963, *Ibídem.* p. 30-63.

- 12 El cambio más importante que se produce con esta ley es la decisión colegiada con celebración de una vista oral del tribunal y la eliminación de la decisión del juez unipersonal en la imposición de la medida cautelar. Bodes, p.67.
- 13 Rivero García, Danilo, “La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los tribunales cubanos”, es *Los tribunales en Cuba, pasado y actualidad*, Yumil Rodríguez Fernández (coordinador), ed., ONBC, La Habana, 2013, p.274.
- 14 La Instrucción No. 64 de 30 de junio de 1977 dictada por Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, requirió a los tribunales para una revisión inmediata de todos los procesos que cursen ante ellos en que se haya dictado resolución disponiendo la prisión provisional del acusado o acusados, y procederán a reconsiderar dicha medida, dejándola sin efecto, sustituyéndola por otra de menor rigor, o

a la Fiscalía a tener en cuenta varios elementos para la imposición de la prisión provisional, con el propósito de que se redujera al máximo posible el número de acusados que guardaban esta medida cautelar.

Hay que decir que en cada época y en cada caso, la política criminal no difirió con la exigencia del debido respecto a los principios, derechos y garantías fundamentales, orientando individualizar la imposición de la medida cautelar, atendiendo a los antecedentes personales del acusado y su conducta; que el hecho cometido haya producido alarma o que el delito sea de los que se comete con frecuencia en el territorio entre otros presupuestos.¹⁵ Igualmente las orientaciones y disposiciones sobre este tema, han dirigido su mirada al tipo de criminalidad y consecuentemente se ha hecho referencia a los delitos en los que es oportuno imponer sin miramientos esta medida,¹⁶ bajo

ratificando la prisión, con sujeción a varias reglas, enumerándose los delitos en los que procedía su imposición. (N.A)

- 15 La instrucción 118 de 15 de Marzo de 1985 establecía: inciso a) se considera que el acusado posee buenos antecedentes personales y observa buena conducta, cuando reuniendo las cualidades comunes del ciudadano respetuoso de la legalidad socialista, cumplidor de sus deberes y de las normas de convivencia social, no haya sido sancionado a privación de libertad por delito intencional o sujeto a una medida de seguridad de tentativa ni advertido oficialmente en tres oportunidades, sin exigir requisitos de superior comportamiento. En los casos en que el acusado hubiere sido anteriormente sancionado o sujeto a una medida de seguridad detentiva o advertido oficialmente en tres o más ocasiones, deberá tenerse en cuenta, a los efectos de considerar que no posee buenos antecedentes o no observa buena conducta, la naturaleza y gravedad del delito cometido anteriormente, la existencia o no de intencionalidad, el tiempo transcurrido y la conducta social mantenida a partir de la extinción de la sanción impuesta, del cumplimiento de la medida de seguridad o de las advertencias oficiales; inciso b) b) se entiende que el delito ha producido alarma cuando el hecho, por su connotación social, ha originado inquietud en el medio en que tiene lugar, o concitado generalizada y justificada repulsa y animadversión o temor a que se infiere un daño, en la esfera social más inmediata al hecho y con trascendencia suficiente para exigir medidas contra el autor; inciso c) se estima que un delito se comete con frecuencia si, durante un período, su incidencia es proporcionalmente superior, en forma apreciable respecto a la media nacional, o si se origina un brusco aumento de ésta. A esos efectos se tomará en consideración la información oficial sobre la estadística judicial y la que al respecto brinde el Ministerio del Interior; y el inciso ch) se entiende que un acusado tratará de evadir la acción de la justicia, si carece de documentos de identidad o los ha falsificado, no posee domicilio reconocido, o si después de perpetrado el delito se dio a la fuga, se ocultó de las autoridades o destruyó las pruebas de su acción, o trató de hacerlo. Edición Extraordinaria 1985 del Boletín del Tribunal Supremo Popular, p.68
- 16 El 28 de Mayo de 1985, el Tribunal Supremo resolvió mediante el Dictamen número 229, ordenando a los tribunales inferiores que con respecto a los delitos contemplados en el *up supra* apartado 3 de la Instrucción 118 del Consejo de Gobier-

la observación de que la peligrosidad del delito estaba determinada por el legislador y no era prudente que el juzgador hiciera valoraciones previas.¹⁷ Ello también ocurrió a finales del año 1990 en que varios acontecimientos políticos económicos y sociales, llevaron a los órganos de enfrentamiento al delito y al órgano jurisdiccional a tomar medidas de encarcelamiento anticipado.¹⁸

Estas indicaciones sobre los delitos en los que era prudente aplicar la medida de prisión provisional, aun y cuando están legitimadas por mandato constitucional,¹⁹ tampoco limitaron las facultades e independencia en la toma de la decisión de los jueces, aunque no dejaron de ser riesgosas por el mimetismo que en oportunidades originan las orientaciones jerárquicas y es seguro que haya provocado confusiones en los planos del razonamiento y la argumentación judicial, elementos que constituyen la base de cualquier decisión jurisdiccional.

Todo ello debe servir de experiencia, puesto que la simplificación en el análisis que origina la decisión de imponer una medida cautelar, puede terminar afirmando que: “cuando el delito es grave, la presunción de inocencia no

no, estos no tenían facultades para acordar otra medida cautelar que no fuere la de prisión provisional. Ídem.

- 17 Al respecto se pronunció el tribunal decretando que “...podrá disponerse la medida de prisión provisional cuando concurran las circunstancias que exige la Ley de Procedimiento Penal y se considere necesario de acuerdo con la gravedad del hecho cometido cuando se trate de alguno de los siguientes delitos: homicidio en ocasión de conducir vehículos por la vía pública, en estado de embriaguez alcohólica o con abandono de la víctima; drogas; juegos prohibidos, en las modalidades previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 251 del Código Penal; homicidio intencional; lesiones graves intencionales que produzcan mutilación, deformación o incapacidad permanente; violación consumado; abusos lascivos consumados, cuando se trate de un hecho especialmente grave; hurto en las modalidades de carterismo o en vivienda habitada; robo con violencia o intimidación en las personas; y malversación intencional del apartado 2 del artículo 396 del Código Penal. *Ibidem*.
- 18 La Instrucción número 137, de 1 de noviembre de 1990 del Tribunal Supremo fue dictada como parte de la política criminal que primó en el llamado “período especial”; emitiéndose indicaciones de adopción de la prisión provisional a los imputados por la comisión de delitos graves. (N.A)
- 19 El artículo 121 de la Constitución de la República faculta al Tribunal Supremo Popular, para a través de su Consejo de Gobierno, ejerza la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, tomar decisiones y dictar normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales y sobre la base de la experiencia de estos, impartir instrucciones de carácter obligatorio de establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación de la Ley. (N.A)

opera” o como expresara Sarrulle ante “... el impacto social de la disconduc-ta se justifica una renuncia a la racionalidad del derecho”.²⁰

Un correlato final sobre el contenido normativo actual, sitúa lo concernien-te a la detención y aseguramiento del imputado en el título IV de la men-cionada Ley No 5 de 1977, estableciendo las facultades, formalidades y atri-buciones que deben y tienen que acontecer, prever y disponer los sujetos y partes procesales para decretar, imponer y modificar las medida cautelar de prisión provisional.

En este tracto histórico hay que destacar muy especialmente, la modifica-ción que sufrió la Ley procesal actual en el año 1994 con la implementación del Decreto Ley 151 que como más adelante veremos eliminó el control ju-dicial sobre el aseguramiento del acusado, quedando ésta a la libre decisión del Ministerio Público, cuyas prerrogativas legales se mantienen.

Derivado del artículo 58 de la Constitución de la República, el artículo 241 de la citada norma procesal repite la garantía de que nadie puede ser deteni-do sino en los casos y con las formalidades que las leyes prescriben y los artí-culos 245 en su inciso 2 y el 246, también en el inciso 2; facultan a la policía y al instructor –según corresponda y en dependencia de la competencia del asunto– para decretar las medidas cautelares previstas en la norma procesal,²¹ excepto la de prisión provisional que siempre estará a cargo del fiscal.

III. La naturaleza jurídica - procesal de la prisión provisional y el estado jurídico de inocencia

Aparentemente, la más notoria contradicción entre el principio o estado jú-rico de inocencia y la realidad procesal se da en torno a las medidas de coer-ción personal a que está sujeto el imputado. En efecto, durante mucho tiem-po imperó la regla de comparecencia del justiciable al proceso en estado de privación de libertad a través de la detención, convertida en prisión preven-tiva al darse determinados presupuestos formales (recepción de la indagato-ria) y sustanciales (ocurrencia del hecho, probabilidad de responsabilidad en el mismo del procesado y relación con figura penal sustantiva con pena pri-vativa de libertad). De hecho, esto significa que primero se imponía la pena

20 Sarrulle, Ob. Cit. p.25.

21 El Artículo 255 señala: Además de la prisión provisional, las medidas cautelares que esta Ley autoriza son: 1) Fianza en efectivo; 2) fianza moral por la empresa o entidad donde trabaje el acusado o el sindicato u otra organización social o de masas a que pertenezca; 3) reclusión domiciliaria; 4) obligación contraída en acta de presentarse periódicamente ante la autoridad que se señale. (N.A).

(aunque el título jurídico fuese diferente) en una suerte de reacción inmediata y luego se desarrollaba la secuencia procesal para determinar si, en definitiva, correspondía.

Tal situación se agravaba por la desmesurada duración de las causas, en las que el pronunciamiento final aparecía como una especie de revisión de lo actuado para convalidar lo anterior, dándose con frecuencia casos en que el imputado agotaba en prisión preventiva el tiempo de privación de libertad que le correspondía por la condena. Se generó así el grave fenómeno conocido como los “presos sin condenas”, que a más de contrariar los fines proclamados, constituye un verdadero escándalo irracional sin justificación. Afortunadamente, aunque falte mucho por avanzar sobre el tema, bastante se ha mejorado y puede ahora pensarse que la regla la constituye el estado de libertad y la excepción la privación cautelar.

De todas maneras, es obvio que son muchas los procesos penales que comienzan con detención y se extienden durante considerable tiempo con el imputado en prisión preventiva, lo que lleva a que se mantenga en pie la contradicción entre el proclamado estado de inocencia y la privación de libertad sobre quien todavía no ha sido hallado culpable.

En lo que respecta a su naturaleza, tratándose de una medida coercitiva,²² cautelar y de aseguramiento,²³ algunos autores postulan que la prisión provisional tiene una función aseguradora en relación con la ejecución de la sentencia, en tanto otros sostienen que su función, además de la anterior, es la de asegurar la presencia del imputado al trámite procesal, a fin de que este no se sustraiga de la acción de la justicia o perjudique la actividad probatoria.²⁴

Gimeno Sendra entiende la prisión preventiva o provisional, como la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al llamado de la celebración del juicio oral.²⁵

22 “Las medidas cautelares son de naturaleza coercitiva, en tanto afectan derechos fundamentales, de forma limitada...” Claria Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal penal*, Tomo II, ed. Rubinzal, Argentina, p.352.

23 Ortells Ramos, Manuel, “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1978, p.445.

24 Salas Beteta Christian, *El proceso penal común*, ed. Gaceta Jurídica, Lima, p.178.

25 Gimeo Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, ed. Tirant lo Blanch, 1990, p.524.

Para Sánchez Velarde, esta medida tiene como característica fundamental su instrumentalidad, está vinculada y existe en función del proceso penal, dirigida a asegurar, la eventual sentencia condenatoria; impedir actuaciones obstruccionistas del imputado en relación a la actividad probatoria y evitar que el imputado incurra en hechos punibles similares.²⁶

La única justificación para llegar a la privación provisional de la libertad ambulatoria, como dice Vázquez Rossi, puede encontrarse en la función estatal de “asegurar la justicia”, lo que lleva a implementar medios asegurativos de la comparecencia del imputado al proceso, apareciendo la prisión preventiva como el último recurso en una escala racional de medidas coercitivas cuyo enfoque y tratamiento debe hacerse dentro del esquema de las medidas cautelares.²⁷

IV. Los presupuestos legales para imponer la prisión provisional y las problemáticas que se presentan en el sistema procesal cubano

A) INDICIOS RACIONALES RELATIVOS AL HECHO Y A LA RESPONSABILIDAD PENAL

En el artículo 252 de la Ley de Procedimiento Penal, reza que procede la prisión provisional, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1) Que conste de las actuaciones la existencia de un hecho que revista caracteres de delito;
- 2) Que aparezcan motivos bastantes para suponer responsable penalmente del delito al acusado, independientemente de la extensión y calidad de la prueba que se requiere para que el Tribunal pueda formar su convicción en el acto de dictar sentencia.

Los pronunciamientos legales de la Ley procesal cubana son también muy frecuentes en los códigos y leyes procesales de la región.²⁸ De esta manera rige el conocido *fomus bonis iuris*, que orienta la presencia de fundados y gra-

26 Sánchez Velarde Pablo, *El nuevo proceso penal*, ed. Idemsa, Perú, 2009, p. 324.

27 Vázquez Rossi, Jorge Eduardo, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, vol. 2, No 3, Argentina, 1991.

28 Al respecto se puede ver el Artículo 140 Ley 20253, D.O. del Código Procesal de Chile de 14.03.2008; también el artículo 259 del Código Procesal de Guatemala, por solo citar dos ejemplos. (N.A)

ves elementos para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe de este.²⁹

Como regla la prisión se acuerda cuando existan motivos suficientes de inculminación a partir de la detección de un hecho penal punible e indicios racionales de culpabilidad, los cuales darían también lugar al procesamiento. Esto nos lleva a dos cuestiones ampliamente discutidas por la doctrina procesalista: la necesidad o no de un procesamiento previo para decretar la prisión acordada y en segundo término el alcance de los elementos probatorios que indefectiblemente determinen una conducta antijurídica en una etapa tan temprana como aquella en la que se produce la detención.

En todo caso, cualquier fundamento es presuntivo y bastará con un mínimo de elementos que demuestren tras la noticia del crimen que el detenido es el presunto responsable de un hecho que reúne las características de un delito. En tal sentido el órgano que decrete la medida, deberá fundamentar su decisión haciendo alusión razonada sobre la atribución del hecho punible a una persona, así como los suficientes elementos de esta convicción.

Viada, basándose en los fines de prevención aseguró que solamente existiendo un delito y motivos bastantes para creer que una persona responsable, pudiera pensarse para tomar la medidas asegurativas sobre la misma, cuando lo cierto es que deben concurrir otros presupuestos o circunstancias, al menos para decretarse la prisión, como son: la cantidad de pena señalada para el delito; las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado; que haya motivos de fuga o la evitación de que el imputado cometa otros delitos.³⁰

La presencia de esta formalidad como presupuesto para adoptar la medida cautelar de prisión, que identifica la presencia de un delito y su responsable; es una garantía procesal en un Estado de Derecho, en aras de evitar arbitrariedades y decisiones inquisitivas. Su valor está, precisamente en dejar sentado en la norma procedimental los motivos y razones que indican restringir la libertad de un imputado que presuntamente –sin aun tener precisada su culpabilidad– ha realizado una conducta típica, antijurídica y punible.

B) LA GRAVEDAD DEL DELITO Y LA PENA QUE SE ESPERA, COMO RESULTADO DEL PROCEDIMIENTO

Algunos autores como Burgos Mariños, han abogado por la supresión del presupuesto de gravedad de la pena, por atentar contra un principio rector

29 Salas, Ob. Cit. p.187.

30 Viada López-Puigcerver, Carlos, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1989, p. 261.

que informa el debido proceso, como es la presunción de inocencia, además de constituir un rezago del sistema inquisitivo.³¹

Se trata, como recuerda críticamente Ferrajoli, de un criterio que promueve la utilización de la prisión preventiva como "...instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos". El mismo autor afirma que "... tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida procesal o 'cautelar y, en consecuencia, no penal, en lugar de una ilegítima "pena sin juicio".³²

Sin dudas la gravedad de la pena constituye un elemento de mucha carga subjetiva que no podría vaticinarse a comienzos del procedimiento, pues las circunstancias valorativas que rodearon al hecho punible trascenderán en etapas posteriores, cuando se realice la actividad probatoria, no antes, a menos que el imputado haya sido aprehendido en flagrancia, y se cuenten con los elementos de juicio para formar una reflexión de esta naturaleza en la etapa preliminar del procedimiento.

Cabe advertir que al modificarse las razones que en un principio podrían presagiar una sanción punitiva grave, ya en el transcurso del procedimiento, la medida de coerción podría ser legalmente variada por el juzgador, por lo que los primeros elementos que se recojan para adoptar la prisión preventiva, no son de ningún modo definitivos y concluyentes como para estimar cerradamente una sanción determinada.

Algunos códigos procesales, han introducido prohibiciones excarcelatorias para ciertos delitos o atendiendo a la *prognosis* de la pena, referida a la cualidad y cantidad de la pena dispuesta para el presunto delito cometido.³³ En

31 Burgos Mariños, Víctor, *Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal*, ed. Palestra, Lima, 2005, pp. 67-68.

32 Ferrajoli, Ob. Cit. p. 553.

33 Puede verse en el artículo 261 del Código procesal de Perú el que establece que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de privación de libertad. Salas, Ob. Cit, p. 187. El Código procesal Chileno señala la adopción de prisión preventiva cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra (Ley No 20253/2005, Art. 2. No 7); mientras que el Código procesal de Guatemala regula en el artículo 261 que en delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad y que no o se podrá ordenar la prisión pre-

las legislaciones procesales cubanas siempre han estado presente el criterio de la gravedad del delito y consecuentemente de la pena. En el artículo 503 de la LECRIM se establecía para ciertos delitos, la exclusión de la fianza, la que implicaba de manera invariable se dispusiera la prisión provisional a los acusados; y en el artículo 60 de la Ley Procesal de Cuba en Armas se estableció que la prisión preventiva necesariamente la guardarían los procesados a quienes la ley señalaba la pena de muerte o degradación pública.³⁴

En la actual Ley No 5 se observa una contradicción entre la detención y el aseguramiento que debe ser superada en futuras modificaciones, pues de una parte el artículo 243 obliga a la autoridad o agente de la policía a detener al acusado por un delito contra la seguridad del Estado o cuya sanción imponible sea superior a seis años de privación de libertad; sin embargo, respecto al aseguramiento, el legislador no hizo pronunciamientos sobre límites de sanción para decretar la medida cautelar de prisión, refiriendo solo en el artículo 258, la exclusión del beneficio de gozar de libertad provisional bajo fianza a los acusados por delitos contra la seguridad del Estado y en aquellos para los cuales la Ley establece la sanción de muerte o la máxima de privación de libertad; lo cual ha traído consigo, que en la praxis jurídica por cualquier delito –sea grave o no– y sin importar la cantidad de pena prevista para la figura delictiva, se pueda imponer prisión provisional. Esta dicotomía se resolvería determinando –entre otros supuestos– un límite mínimo de pena, que a partir de ella autorice la prisión provisional.

B) LA ALARMA SOCIAL Y LA FRECUENCIA EN LA COMISIÓN DE DELITOS

En los numerales primero y segundo del artículo 253 de la Ley No 5, se recoge la prohibición de adoptar medidas no detentivas cuando el delito que se le imputa al presunto responsable no haya producido alarma o cuando el delito sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia o municipio.

La doctrina, la política criminal y la jurisprudencia se han ocupado de la llamada alarma social provocada por el delito cometido, como un presupuesto de aplicabilidad de la medida cautelar de prisión provisional. El Consejo

preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción. (Decreto Numero 51-92.) Por último el art. 227 del Código Procesal penal de república Dominicana establece que para la imposición de la medida cautelar se tendrá en cuenta que la infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad. CPPRD, 2002.

34 Bodes, Ob. Cit., p.34-35.

de Estado de la República de Cuba, ocupado también por la medida coactiva de prisión, se pronunció sobre la alarma, mediante el Acuerdo de fecha 8 de marzo de 1985, definiéndola como el estado de inquietud que se traduce en una divulgación constante, generalizada, preocupada y crítica del hecho ocurrido.³⁵

El criterio preponderante de la doctrina es negar este, en tanto solo sirve a efectos de los fines preventivos de la pena, siendo cosa distinta que ese elemento sirva de integración del juicio de ponderación que realizará el órgano facultado para decretar anticipadamente la prisión.³⁶

Mendoza por su parte entiende que no se puede desconocer la realidad social latinoamericana y la reprobación de la ciudadanía hacia determinadas conductas y por ello la eliminación del nivel de alarma que el delito produce en el seno de una comunidad, por la magnitud del daño causado a las víctimas o a una colectividad, esta debe ser tenida en cuenta, incluso en Cuba, que aunque no existen situaciones de violencia colectiva contra infractores de la Ley penal, la tradición cultural del país lo aconsejan.³⁷

No creo que sea menester una confrontación entre estas posturas; solo me parece prudente evaluar el carácter subjetivo que tiene orientar una política penal atendiendo a una supuesta e inmedible connotación social, sin que ese estado alarmante esté justificado puntualmente en el proceso. También en estos tiempos, Latinoamérica esta imbuida de intereses mediáticos y es común las posturas del “populismo punitivo”, que proliferan con mucho desacierto en la región, unas veces por las masas, otras por los medios y no pocas veces también por los intereses políticos.

Por ello, entiendo que cualquiera que fuere la razón, las reglas coactivas relativas a la libertad deben ser fundadas, claras y precisas, con elementos demostrativos de las situaciones locales que resultan alarmantes, para de esta forma limitar a los poderes punitivos y evitar la inseguridad jurídica que también a la ciudadanía le provocan las decisiones atraídas por una aparente y eventual reacción social.

Caso similar es el análisis de la causal que se describe en el inciso 2 del artículo 253, referida a que el delito no sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia o municipio, como requisito para imponer otra medida cautelar que no sea la prisión provisional. En

35 Bodes, p.135.

36 Mendoza, “Notas ...”, Ob. Cit., p.194.

37 Ídem.

este supuesto el legislador ha recurrido a las estadísticas o a las cifras de la criminalidad como reflejo aparente de un “estado de cosas”, que ameritan como parte de la prevención general evitar.

El citado Acuerdo del Consejo de Estado, se refirió también a la imposición de la prisión provisional tomando como presupuesto la frecuencia de la comisión de delitos en el territorio, cuya evaluación partía de las estadísticas delictivas registradas por los órganos judiciales, fiscales y policiales, en tanto –según el Acuerdo– estos datos y cifras se traducen en cierta intranquilidad social y genérica, por la reincidencia de esa conducta delictiva.

Este último presupuesto merece una reflexión como parte del estudio de las causales procesales que autorizan la prisión provisional. En primer orden la política criminal actuarial carece de legitimidad normativa y no puede ser el sustento de decisiones limitadoras de derechos individuales, en especial cuando es necesario, personalizar e individualizar la imposición de la prisión cautelar. En segundo lugar las cifras y datos estadísticos, quizá constituyan el referente de un estado de cosas, pero no siempre reflejan una realidad social; cuestión sustentada a contrapelo, por las cifras negras u ocultas de la delincuencia, zona oscura de la criminalidad en la que el número de delitos y delincuentes no han llegado a ser descubiertos o condenados, sea por inoperancia en la detección o por la falta de denuncia de las víctimas y perjudicados de delitos.

En todo caso las estadísticas pudieran servir en *bonam parte*, más para trazar medidas preventivas positivas que represivas. Como expresara Stegemann el cálculo actuarial, carente de valoración científica, solo ha servido para justificar los procesos de criminalización y el control social de los colectivos sociales y no de las personas en concreto.³⁸

De otra parte, si se estima prudente valorar la posibilidad de imponer la medida de prisión provisional por conjeturas probabilísticas o como un factor de riesgo como sucede con las estadísticas de la delincuencia, en un proceso penal de corte acusatorio debe ser rechazado como instrumento de aplicación de la justicia penal, puesto que bastaría saber que al estar la información casi siempre de manera confidencial o restringida, al alcance únicamente de los órganos de la policía, la fiscalía y los tribunales, estas derivan también en desventaja para el acusado y la parte defensora que desconociendo esa información no pudieran objetar o contradecir la medida impuesta por esos motivos.

38 Stegemann Dieter, Mauricio, *Política Criminal Actuarial a criminología do fim da historia*, ed., Revan, Brasil, 2013, p.20.

D) EL PELIGRO PROCESAL Y LA OBSTACULIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La Ley procesal cubana en el apartado tercero del artículo 253, hace referencia a la adopción de la prisión provisional cuando existan elementos suficientes para estimar fundadamente que el acusado tratará de evadir la acción de la justicia, como es el caso de persona que no tiene domicilio o centro laboral reconocidos, han tratado de huir en el momento de la detención, todo lo cual ha de entenderse como un peligro procesal.

El peligro procesal, como presupuesto de la prisión preventiva, es la medida que la fundamenta, la legitima, la avala y constituye el requisito más importante de ésta; por ende, su valoración debe estar basada en juicios ciertos y válidos, que no admitan duda a la hora de mencionarlos, puesto que de lo contrario estaríamos afectando el bien jurídico más importante consagrado en la Constitución después de la vida, que es la libertad, en este caso del imputado.

El peligro procesal hace alusión al *periculum in mora*, que tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al órgano facultado de imponer la medida coactiva. El mismo, se ha constituido en un presupuesto de toda medida cautelar referente a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso derivados de la duración de su tramitación. Si la sentencia se dictara de modo inmediato es evidente que las medidas cautelares carecerían de fundamento y justificación; al no ser así, en ocasiones se impone la adopción de resoluciones que, en el fondo, vienen a anticipar los efectos materiales de la pena.

El *periculum in mora* desarrolla por tanto el riesgo de frustración y la peligrosidad procesal. El riesgo de frustración es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de proseguir dicho proceso y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad.

A saber son dos los peligros considerados autónomamente que las leyes reconocen:³⁹ el “peligro de fuga” y el “peligro de obstaculización”. El primer

39 El artículo 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado al aseguramiento procesal del mismo a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado “peligro de fuga” y en igual sentido, se pronuncian los principios aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párrafo 2. b) lo siguiente: “solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que

peligro, se traduce en la función cautelar de la prisión preventiva, mientras que el segundo se traduce en la función aseguratoria de la prueba.

La primera de ellas, de corte restrictivo, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga, postura legal que ha sido criticada cuando su finalidad se dirige más a lograr la seguridad que la cautela.⁴⁰ La segunda postura, que puede denominarse intermedia, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga⁴¹ como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria,⁴² y finalmente, existe una tercera tendencia (legislativa y jurisprudencial), propia del modelo de prevención radical, que incorpora nuevos supuestos de peligro procesal, como por ejemplo: la reiterancia, la gravedad de la pena, criterios personales del procesado, factores morales, cuestiones de orden público, etc.

las personas que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad”.

- 40 “Si la Ley prevé presupuestos adecuados a una finalidad cautelar se podrá hablar de respeto al principio de proporcionalidad, siempre que, a su vez, se excluyan todos los posibles espacios que avalen un análisis no excepcional de aquellos. Si, por el contrario, se introducen valoraciones, tales como el “riesgo de reiteración delictiva”, la “alarma social”, etc., impropios de una medida cautelar y más próximos a las de seguridad o, incluso al uso indebido del proceso como instrumento de política criminal, la proporcionalidad será vulnerada y con ello el derecho fundamental”. Cubas Villanueva, Víctor y otros, *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 512.
- 41 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado respecto al contenido del peligro de fuga que: “se reconocen cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes-; y 5) conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales. Pérez López, Jorge A., *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva*, Revista Derecho y Cambio Social, Perú, disponible en Word Wide Web www.derechocambiosocial.com (accedido el 01/04/2014).
- 42 El Código Procesal de Perú establece en su artículo 268 Los criterios para determinar la existencia de perturbación probatoria: 1) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar fuentes de prueba, 2) influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, y 3). Inducir a otros a realizar tales comportamientos. SANCHEZ, p. 339.

En todos estos casos se exige el principio de suficiencia probatoria⁴³ relativo al razonamiento integral, eficiente e idóneo, basado precisamente en datos objetivos y ciertos, no en verosimilitudes, sospechas o conjeturas, que demuestren la conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas o el llamado peligro de fuga en grado tal que justificaría la naturaleza cautelar de la medida.

No es posible decretar medidas cautelares para proteger la investigación cuando los actos de sospecha que pudiera desarrollar el imputado quedan abarcados dentro de su derecho a la defensa, y se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación, siempre que existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

La tendencia más reciente de la doctrina ha sido la de cuestionar la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la detención, en este sentido se ha pronunciado Binder expresando que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer –dice– que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales y la propia justicia”.⁴⁴

En contra de esta posición también se afilia Gimeno Sendra, apuntando que “por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo, en el proceso penal moderno ‘no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio’, prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado. El riesgo de este “peligro” –sin perjuicio de que solo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en sí mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional–, estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a tra-

43 Ídem, p.326

44 Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, ed., Ad hoc, Buenos Aires, 1993, p. 199.

vés de él, el impulso de la investigación y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados”.⁴⁵

La Ley procesal ordinaria no contempla el entorpecimiento de la investigación como presupuesto procesal para imponer la prisión provisional u otra medida cautelar; ella aparece sin embargo en el artículo 115 de la Ley Procesal Penal Militar, como una presunción a tener en cuenta de que el acusado intente obstaculizar el esclarecimiento de los hechos.

A nuestro entender la presencia de esta causal es necesaria como presupuesto a valorar en la imposición de la medida de prisión; partiendo de la realidad que se observa en algunos tipos de conductas delictivas, especialmente en hechos penales económicos, en la que una de las características y modus operandi de la criminalidad es la de ocultar, desaparecer y alterar los documentos e indicios que sirven de pruebas materiales para demostrar la ocurrencia delictiva. Igualmente ocurre con la criminalidad organizada, en delitos vinculados al tráfico de drogas, etc. En el que un factor determinante lo es la posición social que ocupe el sindicado en la estructura organizada y aparatos de poder.

E) LA CONDUCTA DEL SUJETO Y LA FAVOR LIBERTATIS; PRESUPUESTOS DE EXCARCELACIÓN

Las disposiciones que coarten la libertad son de expresa interpretación restrictiva, correspondiendo *–a contrario sensu–* un sentido amplio en lo que respecta al otorgamiento, mantenimiento o restitución de la libertad que es, definitivamente, lo que ha de entenderse por el *favor libertatis*. Esto significa que ante la duda debería estarse a la exención de prisión, y cuando el imputado esté privado de la libertad, a la excarcelación o a los supuestos de libertad por falta de mérito o a la cesación de prisión, porque toda medida de coacción personal debe justificarse por su funcionalidad, cesando cuando no haya motivos para su mantenimiento.

De igual forma un aspecto importante, no ya relacionado con la duda, será el merecimiento de la libertad por la conducta del sujeto. La Ley procedimental cubana, en el artículo 253 autoriza que puede decretarse cualquier otra medida que no sea la prisión provisional, de apreciarse en la persona del acusado buenos antecedentes personales y de conducta, lo cual enfatiza que la

45 Gimeo Sendra, Vicente, Conde-Pumpido Touron, Cándido y otros, *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con Formularios y Jurisprudencias*. T. VI, Bosch, Barcelona, 2000, p. 142.

prisión provisional no es la regla general de aplicación tras la detención o el conocimiento que se tiene de quien es el presunto responsable de un hecho.

El Acuerdo del Consejo de Estado del año 1985, hizo referencia a los antecedentes personales y de conducta del acusado, estimando que a efectos legales se considera que el acusado posee buenos antecedentes personales y observa buena conducta, cuando reuniendo las cualidades comunes del ciudadano respetuoso de la legalidad socialista, cumplidor de sus deberes y de las normas de convivencia social, no haya sido sancionado a privación de libertad por un delito intencional o sujeto a una medida de seguridad detentiva, ni advertido oficialmente en tres oportunidades, sin exigir otros requisitos de superior comportamiento.⁴⁶

Si como hemos expuestos, un valor importante al momento de la adopción de la medida cautelar de prisión provisional será la suficiencia probatoria, independientemente de la extensión de la prueba necesaria para ilustrar en su día al juez; inicialmente los órganos de persecución e investigación deberán acreditar los elementos que demuestren una conducta *ex ante* del sujeto. La “hoja de vida” del acusado y sus antecedentes policíacos y penales, serán un referente de valoración pero no definitorio para la adopción de la medida cautelar más severa, puesto que siempre habrá que acudir a los presupuestos que *up supra* hemos enunciado.

Al respecto siempre será importante individualizar y objetivar la conducta del sujeto mediante informes y pruebas fidedignas de su comportamiento anterior a la comisión del hecho y de las razones que dieron lugar a la detención y aseguramiento. Es este uno de los asuntos polémicos en la realidad procesal cubana, dado el subjetivismo que en ocasiones prima por quienes tienen la misión de aportar los llamados informes de conducta del acusado.⁴⁷

Rivero ha expresado sus criterios sobre el informe de conducta, bajo las exigencias previstas en el artículo 157 de la Ley de Procedimiento Penal, la cual autoriza al Instructor a solicitar de la Policía y de los organismos u organiza-

46 Bodes, p. 215.

47 El Artículo 157 de la Ley de Procedimiento Penal establece que se llevará al expediente certificación de los antecedentes penales del acusado. No obstante, si de las investigaciones practicadas resulta evidente que el acusado carece de antecedentes penales podrá prescindirse de la inclusión de dicha certificación en el expediente. En este caso, se hará constar así en las actuaciones. Si el actuante estima necesario incluir en el expediente los antecedentes de la conducta social del acusado, se traerá a las actuaciones el informe que emita sobre ello la Policía, sin perjuicio de que aquel o su Defensor aporten otros informes o certificaciones que entiendan procedentes.

ciones, informes de la conducta del acusado. “Esta actuación del Instructor –plantea– tiene como presupuesto, que la emisión de tales informes se halle incluida en la esfera de atribuciones de estas entidades, según la ley o sus reglamentos respectivos. El referido artículo 157 no otorga esta atribución, sino que se aprovecha de ella para el cumplimiento de los fines del proceso, cuando existe”.⁴⁸

De acuerdo con lo expuesto, el acusado no puede solicitar informes de conducta a las entidades, ni ésta emitirlo por propia iniciativa o a instancia del interesado. Para este autor el emitente, tiene que estar autorizado legal, o reglamentariamente; de lo contrario el documento es absolutamente ineficaz.

Sería conveniente que para el proceso penal en general y muy especialmente para la imposición de la medida cautelar, estos informes orales o escritos, sean verdaderas y objetivas fuentes de pruebas testificales o documentales, obtenidas a solicitud de ambas partes, tras ser pretendidas y aportadas por familiares, vecinos, compañeros de trabajo, organizaciones sociales, laborales e institucionales o cualquier otra persona natural o jurídica; teniendo además en cuenta que la conducta del sujeto no solo esta coligada a sus antecedentes delictivos personales, vida ejemplar o irregular en su comunidad y a la aptitud positiva o negativa ante el trabajo. También será menester ocuparse de los móviles y circunstancias que lo guiaron a la comisión del hecho, las características personales que posee como la edad, limitaciones físicas, enfermedades, situación familiar etc., e incluso su aptitud en la etapa preliminar de indagación –con el debido respeto al principio de no autoincriminación– y la posibilidad real de enmendar o resarcir los daños y afectaciones ocasionadas por la infracción antijurídica.

En el proceso penal de corte inquisitivo reformado, esta es otra de las desventajas para el acusado y su defensa y una contradicción con el espíritu del artículo 157 de la mencionada Ley procesal, pues al no ser parte procesal hasta después de dictada la medida cautelar no podrán incluir en el expediente los informes o certificaciones tendentes a contradecir o argumentar la conducta del imputado, tal y como prevé el citado artículo, y en consecuencia no podrá lograr el acusado o el defensor, *a priori*, en ese momento procesal, la reforma o variación de la medida de prisión provisional propuesta.

Aun dentro de cualquier legislación, el estado jurídico de inocencia, exige la operatividad *del favor libertatis*, lo que sienta el criterio interpretativo de que todos los institutos procesales deben tender al mantenimiento de la libertad durante el proceso y, en aquellos casos en que el imputado esté cautelarmente privado de ella, tiendan a la más rápida y mejor restitución de tal libertad.

48 Rivero Garcia, Danilo, El juicio oral, ed., ONBC, La Habana, 2002, p.136.

De esta manera la conducta del sujeto será un factor a valorar para una vez detenido se pueda decretar su libertad o encarcelamiento.

V. El plazo razonable de la prisión preventiva. Términos y permanencia

Entre los contenidos esenciales que modifican la tradición conceptual del debido proceso, aparece la regla del plazo razonable, dirigido a determinar los tiempos que debiera insumir un procedimiento judicial. Ciertamente como expone Montaña, el plazo razonable es un concepto indeterminado y pudiera tener lecturas diferentes,⁴⁹ lográndose su definición desde una perspectiva amplia como el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz.⁵⁰

En este sentido y tratándose la libertad de una garantía constitucional, la invocación procesal a su restricción mediante la imposición de la prisión provisional requiere de prerrogativas y exigencias limitadas para resolver consecuentemente el tiempo para decretarla, así como los requisitos para la autorización excepcional de la permanencia del imputado en dicho status procesal, con sujeción a la regla *rebus sic stantibus* que orienta que las medidas de coerción no son definitivas sino provisionales.⁵¹

La Ley, fundada en el principio de provisionalidad hará el pronunciamiento sobre el diligenciamiento y la celeridad de esta medida cautelar de manera concreta, sin discrecionalidades desmedidas y a sabiendas de que cada minuto en prisión es a la vez un tiempo irrecuperable para el ejercicio de los derechos fundamentales que le conciernen al presunto acusado y que esa razón, tiene que ser reforzada durante el proceso.

El artículo 31 de la Ley de procedimiento penal, da explicaciones sobre los términos judiciales, al parecer en lo que concierne a la etapa jurisdiccional, pero no debe traer dudas, que el artículo se refiere también y de manera general a todos los términos proscritos en las diferentes etapas procesales y muy especialmente en el sentido del comienzo de un acto procesal conforme a lo indicado para cada uno de ellos. La norma aclara, que cuando la Ley no fija términos, se entiende que las resoluciones y diligencias han de ser dictadas sin dilación; una nota procesal que en la práctica se ha entendido den-

49 Montaña de Cardona, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, ed., Leyer, Bogotá, 2002, p.61.

50 Bandrés Sánchez - Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y Tribunal constitucional*, ed, Aranzadi, Pamplona, 1992, p.43.

51 Sánchez, p. 326.

tro del término de veinticuatro horas; a la vez que señala la corrección disciplinaria que según la gravedad del caso y sin perjuicio de reclamar daños y perjuicios deba imponerse ante la infracción injustificada de lo dispuesto.

Respecto a la prisión provisional, sea impuesta por el órgano de investigación, el fiscal o el tribunal, tendrán la obligación de tramitar el asunto con prioridad y darle una “atención preferente” respecto a los demás procesos incoados.⁵² En estos casos por mandato del artículo 32, todos los días y horas son hábiles entre las siete de la mañana y la siete de la noche.

El artículo 247 faculta al fiscal para la imposición de la prisión provisional en un término que no debe rebasar las 72 horas tras haber recibido la propuesta, o decretar otra de las establecidas, haciéndolo mediante auto fundado, ocasión en la que podrá entrevistar al acusado y practicar cualquier otra diligencia necesaria.

El fiscal en virtud de este artículo comunicará su decisión de inmediato al instructor a los efectos de su notificación al acusado, con la facultad excepcional de decretar la secretividad de las actuaciones, prohibiéndosele al acusado y su abogado el acceso a las actuaciones correspondientes a la fase preparatoria del juicio oral mientras éstas se estén practicando.

La modificación y el cese del aseguramiento aparecen en el artículo 251, en ocasión en que varíen los motivos que la originaron y se faculta al defensor para solicitar en cualquier momento de la sustanciación del proceso e incluso en la vista del juicio oral la modificación de la medida cautelar de prisión aplicada. La policía, el instructor, el fiscal o el tribunal según los casos, decidirán respecto a la solicitud de modificación de la medida cautelar en un término que no excederá de cinco días hábiles contados a partir del momento de dicha solicitud.

52 Al respecto fueron varias las orientaciones e instrucciones emitidas por el tribunal de justicia pronunciándose por la prioridad en la tramitación y celebración del juicio en las causas en que existan acusados detenidos o en prisión provisional; entre ellas, las números 65 de 1977 y la número 84 del año 1979, que en la actualidad no rigen. Edición Extraordinaria 1977 del Boletín del TSP, p.43. También Nos en la Resolución No. 133/04, de 23 de julio de 2004, del Fiscal General de la República en Apartado “Sobre el control de la Legalidad en los establecimientos penitenciarios” se requirió a los fiscales la necesidad de comunicar de inmediato a sus superiores la presencia de acusados asegurados con la medida cautelar de prisión provisional que hayan arribado al límite inferior de la sanción señalada para el delito de que se trate, a los efectos de que se cumpla lo dispuesto en la Instrucción 53/75 del Tribunal Supremo Popular.

Por último y en el caso de que se deniegue la modificación de la medida cautelar de prisión provisional dispuesta por el Fiscal se notificará inmediatamente al acusado o su Defensor, pudiendo el solicitante establecer el recurso correspondiente.

En la actualidad las problemáticas más acuciantes referidas a los términos, están relacionadas con la modificación o cese del aseguramiento y el tiempo de permanencia del imputado una vez que ha sido decretada la medida de prisión preventiva.

De conformidad con lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 251 de la Ley procesal, la policía, el instructor, el fiscal o el tribunal, según los casos, decidirán respecto a la solicitud de modificación de la medida cautelar, como antes se dijo, en un término que no excederá de cinco días hábiles contados a partir del momento de dicha solicitud; término este a todas luces que resulta no solo extremadamente dilatorio sino también contradictorio con los postulados del mencionado artículo 32 que declaró para las actuaciones de la fase preparatoria que todos los días eran hábiles.

La detención preventiva o la prisión provisional, impuestas bajo la autorización expresa del fiscal, son actos de coerción personal dictados en la etapa inicial de sustanciación del proceso y por tanto, correspondería la consecución de los términos bajo las exigencias de tramitar la respuesta a la solicitud de modificación dentro de los días no hábiles como exige el citado artículo 32 de la Ley.

La antinomia que se presenta entre los artículos 32 y 251 de la Ley procesal, debe ser resuelta en futuras modificaciones, si se tiene en cuenta que el término para resolver la solicitud de modificación en fase preparatoria, incluye el trámite burocrático de ser presentado al fiscal –conforme al párrafo segundo del artículo 251– siempre por conducto del instructor o la policía, para que estos últimos emitan sus consideraciones y luego le den traslado al escrito de solicitud junto con las actuaciones o el expediente de fase preparatoria al Ministerio Público; todo ello según la Ley, en cinco días hábiles, que en la práctica –por razones objetivas y subjetivas– rebasan ese término, quebrantándose lo dispuesto y la potestad del fiscal de darle oportuna respuesta a las pretensiones del acusado y su defensor.

Por último, con respecto a la permanencia, pasa algo similar. El artículo 33 refiere que son improrrogables los términos judiciales cuando la ley no disponga expresamente lo contrario, salvo causas justificadas para ello; y si observamos el articulado sobre la imposición de la prisión preventiva del artículo 241 al 260, comprobamos que el legislador no ha dado indicaciones sobre el término de permanencia sobre la detención y el aseguramiento, mu-

cho menos sobre el periodo permisible para que el imputado se encuentre en prisión provisional, situaciones que han tenido que ser resueltas de manera extraprocesal por los órganos de instrucción, la fiscalía y el tribunal.

Tras haberse dictado auto de prisión preventiva, la prórroga a la permanencia del presunto acusado en los calabozos de las unidades policíacas, son autorizadas por el fiscal, previa solicitud de la policía o el instructor, conforme lo disponen las normas internas de estos órganos. Ya en lo concerniente a la permanencia en prisión preventiva, el término máximo fue dispuesto por el máximo órgano de justicia a través de la instrucción número 53, de 9 de junio de 1975, ratificado por la instrucción 81 de 1979 del propio órgano, cuando en su ordinal tercero estableció un límite a la duración de la medida cautelar de prisión provisional, en la ocasión en la que este alcance el límite inferior de la sanción prevista legalmente para el delito o el más grave de los delitos que se le imputen, con las únicas excepciones de acusados de delitos contra la seguridad del Estado o de delitos en los que la Ley establezca sanción de pena de muerte o la máxima de privación de libertad.⁵³

Todo ello infiere la necesidad de que en futuras modificaciones y de cara a un proceso penal de corte acusatorio, se legitimen e incluyan estos aspectos en la norma procedimental, respetando el espíritu que llevó a estos órganos a pronunciarse en sus normativas internas.⁵⁴

VI. Órganos facultados. La necesaria intervención del juez

Tal y como explicamos la LECRIM previó la audiencia verbal para decretar la prisión preventiva, más tarde la Instrucción número 23, de 25 de marzo de 1974,⁵⁵ dictada por el Tribunal Supremo, reguló también todo lo concerniente a la audiencia verbal que celebrarían los tribunales a los fines de determinar la procedencia del aseguramiento de la persona del acusado para la celebración del juicio y el cumplimiento de la ejecutoria que llegara a dictarse, conforme a lo dispuesto en los artículos 244 y 245 de la Ley 1251 de 1973. En esta audiencia participaban el fiscal y el abogado, siendo una de sus caracte-

53 Edición Extraordinaria del Boletín del Tribunal Supremo Popular, año 1975, p.53.

54 El artículo 117 de la Ley procesal penal Militar contempla el máximo de treinta días para mantener al acusado en prisión provisional, término que puede ser prorrogable por las diferentes instancias e institucionales de la Fiscalía Militar. (N.A)

55 Edición Extraordinaria 1974 del Boletín del Tribunal Supremo Popular, p.28

rísticas salientes que podía ser el propio tribunal que en su día tendría a su cargo el juzgamiento el que se constituía para esa vista.⁵⁶

Al ser derogada la Ley 1251 de 1973 por la Ley 5 de 1977 una de las modificaciones sustanciales que ello acarreó, consistió en la eliminación de las audiencias verbales para definir la situación procesal del acusado detenido, quedando en manos del fiscal la adopción de la medida cautelar, con una revisión judicial inmediata, hasta que por el Decreto Ley No 51 del 10 de junio de 1994, la prisión provisional quedó totalmente a la decisión del fiscal, cesando junto con el requerimiento del fiscal, todo el control judicial sobre el aseguramiento del acusado.

De esta forma, como explica Mendoza, quedó cercenado el derecho a la defensa con la posibilidad de disponer el fiscal de la medida cautelar, sin que medie un procedimiento oral y contradictorio, en el cual judicialmente se acredite la existencia de los presupuestos universalmente aceptados como únicos condicionantes de una detención preventiva que son -a su criterio-, el peligro de fuga o la obstaculización de la investigación, unidos a la existencia de elementos incriminatorios que hagan presumir su culpabilidad.⁵⁷

Son conocidos los principios rectores bajo los que actúa el Ministerio Público, especialmente los que proyectan su eficacia hacia fuera, en el ejercicio de la actividad funcional que la Ley encomienda a la institución, como son el de legalidad sustantiva y procesal e imparcialidad en su actuación.

En este tono, aun y cuando el Ministerio Fiscal actúe con absoluta libertad a la hora de adoptar sus resoluciones, sin estar sometidos en ninguna ocasión a presiones ni a entusiasmos o pareceres ajenos o a la influencia de otros poderes, no podrá discutirse conforme al ejercicio punitivo que procura en la persecución de delitos; en su contribución al esclarecimiento; en su labor de impulso y agilización del proceso; como en la pertinencia y adecuación de los elementos probatorios llamados al sostenimiento de la acusación, por demás involucrado en la respuesta de enfrentamiento a la criminalidad y bajo la guía u obediencia a determinada política criminal; que late cierta desconfianza en la objetividad e imparcialidad que le es exigida en su actuación. Ello sucede también, cuando es conocido que en la mayoría de los casos opta por imponer la prisión provisional, tras la petición que recibe del órgano encargado de la investigación criminal.

56 Mendoza Díaz, Juan, *Notas para una reforma del derecho a la defensa en el proceso penal cubano*, El derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional, ed. ONBC La Habana, 2014, p.192.

57 Ídem., p. 193.

En la etapa de indagación, ciertamente le corresponde a la policía y al fiscal contribuir con el esclarecimiento del hecho y determinar los presuntos responsables, y para ello tendrán que adoptar todas las medidas necesarias para evitar distorsiones procesales u otras incidencias derivadas de la investigación. En el terreno de las medidas cautelares su misión principal será velar por el debido respeto de los derechos fundamentales y garantías del acusado; contribuyendo además a la suficiencia probatoria vinculadas a los presupuestos legales que admiten tal decisión; sin embargo apostando, como lo hacemos, por un proceso penal de corte acusatorio, correspondería cumplir –al menos en la prisión provisional– con el principio de judicialidad en las medidas de coerción,⁵⁸ en tanto la intervención del órgano jurisdiccional lograría un proceso con mayor transparencia y objetividad, a la par de una decisión motivada y fundamentalmente más justa.

Algunos autores cubanos se han pronunciado por la necesidad de una audiencia preliminar verbal de naturaleza jurisdiccional, al menos en la etapa intermedia, con la finalidad de decidir sobre la apertura del juicio oral y el saneamiento del procedimiento entre otras actividades de control.⁵⁹ Es sin embargo una tendencia en los procedimientos penales modernos, la celebración de una audiencia verbal jurisdiccional en fase preparatoria, con jueces diferentes a los que realizan el juzgamiento, a efectos de decretar la imposición de la medida cautelar, controlar la legitimidad del acto y la presencia real de los presupuestos que determinan su imposición, para de esta manera proyectarse hacia el equilibrio e igualdad de armas que le es propio al sistema acusatorio.

La garantía que emana de la presencia y participación del juez no es privativa del juzgamiento penal,⁶⁰ por lo tanto es dable en esta etapa del proceso. Y ello, porque no puede darse una decisión “justa” si quien la imparte está comprometido con alguno de los intereses derivados del conflicto, por lo que el requisito de imparcialidad aparece como inherentes a la noción de juez natural.

Para Candia el juez es un árbitro que debe resolver sobre las tesis planteadas, tanto en el orden de la determinación del hecho histórico, como en cuanto a la aplicación del derecho;⁶¹ por ello creemos también que el fiscal debe seguir velando por la legalidad de la prisión y el juez por los méritos que existen para la decisión de manera que controle el resguardo de derechos funda-

58 Sánchez, p. 327.

59 Mendoza, Ob. Cit. p.124.

60 Vázquez Rossi, Ob. Cit, p 278.

61 Candia, Ob. Cit.

mentales y resuelva sobre las medidas de coerción personal contra el imputado en el curso de la investigación.

Asimismo, la decisión de imponer o no la prisión provisional no podrá procurarse mediante la “autoreflexión” de los jueces, sino que deberá buscarse a través de la confrontación procesal y de los intereses contrapuestos entre acusación y defensa, es decir, mediante la “contradicción” de las partes y no solo con el “auxilio” de ella, como propone el sistema mixto.⁶²

VII. Razones para el cambio y propuestas de lege ferenda

Tras el análisis de la institución estudiada, las valoraciones realizadas infieren que la prisión provisional, en el proceso penal de corte acusatorio, tiene un carácter excepcional, su vigencia dependerá de su utilidad y duración del proceso, de ahí también su carácter temporal, y pudiera ser necesaria en el proceso, para evitar que el imputado se fugue, entorpezca la actividad probatoria y se garantice su presencia en el acto del juicio oral; así como que con su imposición de cierta manera se le dé respuesta inmediata a la ocurrencia de un delito grave o alivie la alarma provocada por el delito. De igual forma la medida de prisión provisional adoptada debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido y las condiciones personales del imputado, así como el resto de los presupuestos legales y circunstanciales que determinen los motivos de su imposición.

Otro elemento es que dicha medida en tanto afecta intereses y derechos fundamentales deben ser dictadas por el órgano jurisdiccional, sustentada en una audiencia en la que participen el fiscal, el imputado y su defensor, con derecho a sustentar los fundamentos que la motivan y a contradecirla. En correspondencia con ese acto, la decisión debe decretarse por resolución fundada y motivada, adoptada por el juez o tribunal con fundamentos de hecho y de derecho, explicando los motivos por los cuales otorga o no la medida de coerción.

En correspondencia con lo narrado entendemos que los cambios y modificaciones más relevantes que debe sufrir la nueva Ley de procedimiento penal deben incardinarse hacia los puntos siguientes:

- a) Limitar excepcionalmente la prisión provisional para delitos cuyo marco legal rebase los tres años de prisión.

62 Cafferata, Nores, José I, *La reforma procesal en América Latina*, Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal. *Rústica*, 3^a ed. Actual, 2007, p.305.

- b) Exponer en la Ley todas las causales y presupuestos que determinan la medida cautelar de prisión, siendo estas: el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga, los antecedentes y peligrosidad demostrada dada las características personales del imputado, la alarma provocada en la población y la ocurrencia de un delito grave.
- c) Establecer que el término para el traslado de actuaciones y el expediente de fase preparatoria realizada por el órgano de instrucción al fiscal para resolver asuntos relacionados con la medida cautelar de prisión provisional, se realizaran en días naturales, con excepción de las audiencias que se desarrollaran en días hábiles.
- d) Otorgar un término de 30 días hábiles para mantener la prisión provisional y salvo la excepcionalidad de estarse tramitando un delito complejo – entiéndase cuya pena prevista en el ilícito sobrepase el límite de 8 años de privación de libertad – se justificaría una permanencia de otros 60 días hábiles, prorrogables por el juez tras la solicitud fundada del fiscal.
- e) Someter a audiencia pública la decisión de prisión, a través de un juez imparcial, con la participación de las partes procesales, quienes podrán aportar los elementos necesarios que ilustren la necesidad o no de la adopción de la prisión provisional.
- f) Que una vez impuesta la prisión provisional por el tribunal esta pueda ser modificada en cualquier momento, cuando hayan variado los motivos y circunstancias de imposición, de oficio o a instancia de parte.

Conclusiones

Son varios los efectos que producen para el proceso y el imputado la medida cautelares de prisión provisional conforme a la actual Ley de Procedimiento Penal cubana. Algunos de ellos se evidencian de la simple lectura de los artículos que la regulan, como es el caso de la imposibilidad de acceder a las actuaciones y proponer diligencias de pruebas, en ocasión de haberse decretado la secretividad del proceso; sin embargo la primera modificación que daría paso a un trámite de aseguramiento, más consecuente con los principios establecidos para las medidas de coerción procesal, es el otorgamiento de la condición de parte al imputado desde el mismo momento en que es detenido; este derecho constituiría a la vez una de las principales garantías para el estado de Derecho.

Ha quedado plasmado el criterio de que la medida cautelar no es un medio que sirve para la investigación, sino una forma de sujeción del imputado al proceso y es válida su aplicación cuando quede demostrado que su estado de libertad puede perjudicar la investigación, existen fundamentos razona-

bles para estimar que evadirá la acción de la justicia o concurran otros presupuestos que la hacen inevitable.

La medida cautelar de prisión provisional es un acto de coerción de la etapa preparatoria al juicio oral, sus fundamentos conforme a la Ley de procedimiento penal cubana están regidos por los vetustos esquemas del sistema inquisitivo y por tanto, si deseamos afiliarnos al sistema acusatorio, para que este se torne verdaderamente operativo, es necesario que la norma procedimental defina los motivos o causales para decretar la prisión provisional; que además, al imputado –como regla– no se le detenga y anticipe un tiempo innecesario de permanencia en prisión, aun y cuando luego comparezca libre al juicio y de esta forma pueda efectivamente participar en el proceso en pie de igualdad con la acusación, lo que no ocurre si hay encarcelamiento preventivo.

La perduración del instituto en nuestro sistema de enjuiciamiento, en los casos de inequívoca necesidad de encarcelamiento cautelar por las razones que se han consignado, han llevado a una política penal de aceleración hacia la celebración del juicio. En este sentido la prisión preventiva trae aparejada una inminente realización del juicio oral y público, como única forma de paliar la enorme contradicción que implica el encarcelamiento de un presunto inocente.

El principio de afirmación de la libertad está llamado a ser uno de los pilares del nuevo sistema penal cubano, bajo las máximas de que: “Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las excepciones establecidas en la Ley”. De esta forma se proclama que el imputado gozará de su libertad durante todo el desarrollo del proceso, siendo la privación de libertad una última opción y siempre subsidiaria de las demás medidas, que son excepciones al principio. La consagración de este principio se fundamenta en el hecho de dejar atrás la concepción de un proceso con pena anticipada.

Bibliografía

- Bandrés Sánchez - Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y Tribunal constitucional*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1992.
- Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, ed., Ad hoc, Buenos Aires, 1993.
- Bodes Torres, Jorge, *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1988.
- Burgos Mariños, Víctor, *Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal*, ed. Palestra, Lima, 2005.
- Cafferata Nores, José I., *La reforma procesal en América Latina*, Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal, **Rústica, 3^a ed. Actual, 2007.**

- Carranza, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?” disponible en World Wide Web www.anuariocdh.uchile.cl (accedido el Visible el 6 de febrero de 2015).
- Carrillo Flores, Fernando, *Los retos de la reforma de la justicia en América Latina*. Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa, Santa Fe de Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, abril de 1999.
- Candia Ferreyra, José., “Instituciones Procesales Penales Reflexiones Sobre Su Modernización En Cuba”, en *Conferencia dictada en VII Congreso de La Sociedad Cubana de Ciencias Penales La Habana*, Julio de 2007.
- Claria Olmedo, Jorge. A, *Derecho procesal penal*, Tomo II, ed. Rubinzal, Argentina. 1997.
- Cubas Villanueva, Víctor y otros, *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*, Palestra, Lima, 2005.
- Ediciones Extraordinarias del Boletín del Tribunal Supremo Popular*, Años 1974; 1975; 1977; 1985.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta S.A., Madrid, 1995.
- Gimeo Sendra, Vicente, Conde-Pumpido Tournon, Cándido y otros, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con Formularios y Jurisprudencias*. T. VI, ed., Bosch, Barcelona, 2000.
- Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, ed. Tirant lo Blanch, 1990.
- Herrera Gandol, Dimas y Núñez Grillo, Enrique, “El debido proceso penal como garantía de la defensa de los intereses sociales y de los individuales de la víctima y del acusado”, en *Derecho y litigios penales, Abogacía y derecho: gestión de conflictos jurídicos*, Ariel Mantecón Ramos (director), Vol. 1, ed. ONBC, Habana, 2013.
- Jaen Vallejo, Manuel, *Derechos fundamentales y debido proceso*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, ed. Servicios Gráficos de Nicaragua, 2009.
- Mendoza, Diaz, Juan y González Chau, Laura, “La audiencia preliminar, una efectiva contribución al principio acusatorio”, en *Perspectiva del Sistema penal acusatorio en Europa y Latinoamérica*, Gonzalo Armienta Hernández y Mayda Goite Pierre (coordinadores), ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2012.
- Mendoza Díaz, Juan, *Notas para una reforma del derecho a la defensa en el proceso penal cubano*, El derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional, ed., ONBC La Habana, 2014.
- Montaño de Cardona, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, ed. Le- yer, Bogotá, 2002.
- Ortells Ramos, Manuel, “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1978.
- Pèrez López, Jorge A., “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”, en *Revista Derecho y Cambio Social*, Perú, disponible en World Wide Web www.derechoycambiosocial.com (accedido el el 01/04/2014).
- Rivero García, Danilo, *El juicio oral*, ed., ONBC, La Habana, 2002.

- Rivero García, Danilo, *La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los tribunales cubanos*, Los tribunales en Cuba, pasado y actualidad, Yumil Rodríguez Fernández (coordinador), ed. ONBC, La Habana, 2013.
- Salas Beteta Christian, *El proceso penal común*, ed. Gaceta Jurídica, Lima. 2012.
- Sánchez Velarde Pablo, *El nuevo proceso penal*, ed. Idemsa, Perú, 2009.
- Sarrulle, Oscar Emilio, *La Crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal (Abolicionismo o Justificación)*, ed. Universidad, Buenos Aires, 1998.
- Stegemann Dieter, Mauricio, *Política Criminal Atuarial a criminología do fim da historia*, ed., Revan, Brasil, 2013.
- Vázquez Rossi, Jorge Eduardo, “Las medidas cautelares en el proceso penal”, en *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, vol. 2, No 3, Argentina, 1991.
- Viada López-Puigcerver, Carlos, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1989.

LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO IMPOSICIÓN ANTICIPADA DE LA SANCIÓN PENAL

LA GRAVEDAD DEL DELITO EN LA APLICACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

Por Francisco Belzu Alarcón^{1*}

“Pero cuando el Estado hace uso del ius puniendi y encarcela preventivamente, todo el derecho penal convexo muestra su máxima expresión procesal. En gran medida “se aplica indiscriminadamente no como consecuencia de una investigación responsable, sino para iniciar las investigaciones. Se detiene para investigar, en vez de investigar para detener”.

(Carlos Parma, El espejo del Derecho Penal).

Sumario: I. Introducción. II. El objeto y fin del proceso penal y la necesidad del régimen de medidas cautelares. III. Medidas cautelares y garantías constitucionales. IV. El juez cautelar como contralor de garantías dentro de la investigación. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Uno de las obligatorias etapas de nuestro sistema penal, se encuentra encargada al órgano jurisdiccional, cuando debe determinar el destino de una persona sometida a una investigación, al momento de la aplicación de medidas cautelares, en este paso jurisdiccional siempre está la amenaza de la cárcel, esta realidad cotidiana que enfrenta un ciudadano sometido a proceso, mantiene latente la capacidad de afectar la libertad personal, y cuando la libertad de un individuo se ve amenazada o restringida se altera la vida de toda

1 * Postgrado en Derecho Procesal Penal y Especialización en Derecho Penal. Maestría del Derecho Comercial y Tributario. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Católica Boliviana San Pablo. Ha ejercido la Docencia en varias Universidades desde el año 2010, dictando materias de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, y Litigación Oral, ha sido panelista y ha participado en Disertaciones y Conferencias sobre Derechos Humanos, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal.

su familia y se compromete su patrimonio. Ahora bien, la detención preventiva, a diferencia de la pena, la cual se fundamenta en la trascendencia de los bienes jurídicos que el Derecho Penal busca proteger y en la existencia de su daño, a diferencia de la aplicación de una pena que emerge de la probada existencia del injusto y la determinación de la responsabilidad de una persona, justifican la imposición de la pena privativa de libertad y, al mismo tiempo, la convierte en un medio de prevención y de acuerdo con nuestro sistema constitucional, como un medio de reinserción social. En la actualidad, la medida cautelar de detención preventiva, se ha convertido en la aplicación de una pena de manera anticipada, la medida cautelar de la detención preventiva constituye una restricción a la libertad personal, de común aplicación en el proceso penal, cuya naturaleza jurídica no es la de una sanción, sino la de una medida cautelar. Esta profunda diferencia cambia los fundamentos y la ratio de su aplicación. Sin embargo, en la realidad los efectos de la detención preventiva no se diferencian de los que implica la pena de prisión, al contrario, en muchos sentidos los efectos de la medida cautelar en la vida del ciudadano sometido a investigación, son los mismos o más intensos, por lo que en muchas ocasiones e, incluso, desde la misma doctrina, se ha perdido de vista su naturaleza cautelar. Es precisamente esta confusión en el tratamiento de la detención preventiva la que ha permitido que en muchas ocasiones su utilización sea la del adelantamiento de la pena.

En este sentido, si bien en el proceso penal muchas veces, y de hecho, en la gran mayoría de los casos, está en juego la libertad de los individuos, en los países de nuestro entorno, la prisión y sus nocivos efectos se ven adelantados, por regla general, a las primeras etapas del proceso debido al abuso en la utilización de la detención preventiva, este no es un problema exclusivo del ordenamiento boliviano, al contrario, esta situación se repite en los sistemas procesales de nuestro entorno y sin lugar a dudas, ha sido una de las causas que impulsan la reforma al sistema de justicia en toda América Latina.

En el caso de Bolivia, la implementación de las medidas cautelares en el nuevo sistema acusatorio fue similar a la del resto de las reformas latinoamericanas; en 1995, cuando comenzaba a discutirse la necesidad de la reforma, se recomendaba:

- a) Establecerse reglas que conviertan a la detención preventiva en una medida excepcional;
- b) Se requiere una definición de los fines de la detención preventiva y de la calificación de la fianza;
- c) Incorporar medidas alternativas a la detención preventiva;

- d) Apoyar toda iniciativa tendiente a adecuar en el actual régimen de detención preventiva las normas constitucionales y en particular dar vigencia efectiva al principio de inocencia.

Bajo estos parámetros, la reforma procesal penal implementada en Bolivia a partir de mayo de 2001, trajo cambios sustanciales al sistema de enjuiciamiento criminal. Actualmente, parece completamente instalada la idea del juicio oral como forma de juzgamiento y pese a los inconvenientes que se siguen atravesando para la producción de los juicios, en principio podríamos afirmar que la reforma está ya consolidada. Una de las grandes promesas con las que se encaró este proceso, fue la de disminuir al mínimo posible la retardación de justicia, realizando procedimientos rápidos y efectivos donde la víctima tuviera una verdadera respuesta de parte del Estado y el imputado de la comisión de un delito recibiera su sentencia en la forma más clara y transparente posible.

Esta promesa, estuvo íntimamente vinculada con la modificación al sistema de medidas cautelares, dado que las cifras arrojadas por los primeros estudios referidos a la necesidad de la reforma, mostraban un sistema penitenciario colapsado, donde más del 80% de los detenidos se encontraba preso sin condena. Por ello, el Nuevo Código de Procedimiento Penal, adoptó un régimen de medidas cautelares acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos, estableciendo dos principios fundamentales: la excepcionalidad y la proporcionalidad como rectores para la aplicación de medidas cautelares. En los primeros años de implementación del proceso oral, la detención preventiva disminuyó en su aplicación, pero en la actualidad enfrentamos una realidad bastante similar a la que veíamos cuando se comenzaba a discutir la reforma: las cárceles están nuevamente pobladas por presos preventivos, sin condena.

Las medidas cautelares en el proceso penal afrontan la difícil empresa de conciliar la necesidad de proteger a la sociedad y, en especial, a la víctima u ofendido del delito, con la obligación del mismo Estado de Derecho, de respetar los derechos del individuo sujeto a proceso. Esta es la tensión inherente al diseño del proceso penal, sin embargo, es en el ámbito de la detención preventiva donde puede observarse con toda su crudeza, la ausencia de su aplicación en el ámbito en la que fue concebida.

II. El objeto y fin del proceso penal y la necesidad del régimen de medidas cautelares

Conforme la doctrina, los fines tradicionales del proceso penal se constituyen a partir de la necesidad de averiguar la verdad y aplicar la ley sustantiva.

La verificación de las condiciones de procedencia de la pena estatal, está en permanente tensión con la obligación estatal de evitar toda afectación a los derechos y garantías del imputado; esta tensión, debe resolverse en el proceso penal posibilitando el más amplio cumplimiento de los derechos del imputado pero generando, a la vez, mecanismos que aseguren que el proceso penal culminará, cumpliendo su fin.

Cuando la resolución que el proceso penal da a esta tensión pone mayor peso en la aplicación de la pena que en el respeto por los derechos del imputado, estamos ante un modelo autoritario de procedimiento penal; ejemplos de esto encontramos en aquellos sistemas que siguen manteniendo la detención durante la investigación como la regla, sin generación de ningún tipo de alternativas que permitan al imputado aguardar su juicio en libertad; otro ejemplo de este tipo de sistema está dado por aquellos procesos que no fijan ningún tipo de límite temporal, permitiendo que el proceso no tenga prácticamente fin y que la incertidumbre pese sobre la persona perseguida sin ningún tipo de respuesta ni para ella, ni para la víctima del conflicto.

La tendencia de la reforma procesal penal en América Latina en general, y en nuestro país en particular, ha sido la de posibilitar una resolución equilibrada de esa tensión, donde los derechos de la persona perseguida penalmente son reconocidos y se establecen mecanismos concretos para el reclamo de su respeto pero, a la misma vez, se mantienen ciertas herramientas que permiten que, llegado el caso de precisarlas, la persecución penal pueda hacer uso de ellas a los fines de cumplir los fines procesales.

Entre estas herramientas procesales, surge el régimen de medidas cautelares, como aquellas medidas que la acusación podrá solicitar para restringir en distintos grados la libertad del imputado cuando éste ponga en riesgo la consecución de los fines del proceso. El fundamento para la imposición de una medida cautelar determinada será, entonces, la necesidad de resguardar el cumplimiento de los fines del proceso y, por ello, solo podrá imponerse en la medida en que existan acciones de parte del imputado que pongan en riesgo la averiguación de la verdad (tradicionalmente a partir de la intimación a testigos o la destrucción de pruebas materiales) o la aplicación de la ley penal sustantiva (sustrayéndose del proceso e impidiendo la realización del juicio).

Tomando como punto de partida lo señalado, el fin del proceso penal se concreta en obtener una resolución sobre la responsabilidad penal del imputado, y por tanto, sobre la aplicación en el caso concreto del *ius puniendi*, que cumpla tres condiciones: que sea materialmente correcta; que, al mismo tiempo, sea obtenida con un estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico procesal, lo que incluye el pleno respeto a los derechos fundamentales y, como tercera condición, que la misma resolución nos lleve al restablecimiento de

la paz jurídica. De esta forma, encontramos que dentro del Estado de Derecho no se puede considerar que la obtención de cualquier sentencia sea el fin del proceso penal, sino que las tres características señaladas constituyen el mínimo necesario, en otras palabras, la finalidad hacia la que se encamina toda la actividad del sistema de justicia penal.

De esta forma, la corrección material, entendida como el requisito de que la sentencia esté fundada en la realidad, en los hechos del caso, el estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico procesal, y el restablecimiento de la paz jurídica constituyen las condiciones que debe cumplir la resolución o sentencia del tribunal, con la que se pone fin al proceso penal, para considerar que se cumplió con el fin del proceso penal dentro de los estándares del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Es de esta forma que se puede considerar que el fin del proceso es permitir la realización de la justicia penal, considerando que la justicia penal no sólo consiste en la aplicación de una pena sino, dado el caso, en la libertad del inocente.

A partir de esta definición de lo que constituye el fin del proceso que la doctrina procesal ha señalado lo que constituye el objeto del proceso penal, en este sentido, se define como la cuestión sometida a la consideración del tribunal y sobre la cual ha de pronunciarse. El objeto del proceso es la cuestión que debe resolverse y sobre el cual se realiza la actividad procesal. En este sentido, el objeto del proceso, desde esta perspectiva doctrinal, se encuentra definido por el hecho con apariencia delictiva y el sujeto a quien se le imputa su realización y respecto de quien se definirá la existencia o no de responsabilidad. En este punto, puede destacarse que existe una relación entre el objeto del proceso, entendido como el hecho aparentemente delictivo que da origen a la actividad procesal y la búsqueda de la recreación histórica de esos hechos que se fundamenta en la idea de corrección material de la sentencia como fin del proceso.

De igual forma, se señala que existirá un objeto principal, que se encuentra determinado por la pretensión punitiva del Estado, que en otras palabras, es el núcleo de la cuestión jurídica sobre la cual se pide al juez o tribunal que se pronuncie. Junto al principal existirán objetos accesorios que constituyen aquellas otras cuestiones que, de manera marginal o incidental, son sometidas a la consideración del tribunal.

Accesoriamente, para el aseguramiento del fin del proceso penal, el procedimiento penal a regulado en su artículo 233, la procedencia de la detención preventiva en casos específicos, y así, al no ser esta limitativa, el Art. 240 del referido adjetivo penal, otorga múltiples medidas cautelares que pueden ser aplicadas en el proceso penal, estas posibilidades han sido establecidas en razón de la función social del proceso penal, ambos íntimamente relacionados.

La reforma al sistema de justicia penal, los fines del proceso penal, se constituyen en una premisa necesaria para poder entender de forma adecuada la propuesta y la finalidad de las medidas cautelares, conceptos relacionados necesariamente con los derechos fundamentales y en particular con los de naturaleza procesal, los fines del proceso penal, y su estrecha relación con el Estado de Derecho y con la vigencia de las garantías o derechos humanos de los ciudadanos.

III. Medidas cautelares y garantías constitucionales

Por restringir, limitar o afectar un derecho fundamental como es la libertad de la persona, las medidas cautelares deben ser utilizadas en forma excepcional y siempre velando por el respeto a las garantías constitucionales del imputado. Para ello, la regulación legal debe ser específica al determinar los requisitos para su procedencia y regular los principios que deben regir su aplicación.

Es importante, y veremos aquí la dificultad que se presenta en nuestro sistema, que la utilización del régimen de medidas cautelares no vulnere la garantía constitucional del juicio previo. La garantía de juicio previo implica que nadie puede sufrir de una pena sin haber tenido un juicio oral, público, contradictorio y continuo. Cuando la medida cautelar de detención preventiva comienza a aplicarse como una regla de procedimiento de facto, como parece suceder en nuestro sistema por estos días, donde la detención preventiva pasa de ser una medida estrictamente procesal a convertirse en una pena anticipada.

Por ello, la regulación legal precisa del Código de Procedimiento Penal, en una primera instancia, y la revisión judicial estricta de la existencia de los requisitos en cada caso concreto, son obligaciones inquebrantables para mantener un cierto equilibrio que permita mantener a la medida cautelar en su finalidad procesal de cumplimiento de los fines del proceso, es decir, la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal sustantiva.

En nuestro sistema, adicionalmente, debe considerarse que hasta la fecha no existen recintos diferentes para alojar a condenados y procesados, por lo que todos los detenidos se encuentran sometidos prácticamente a las mismas condiciones de detención haciendo aún más invisible esa distinción entre medida de carácter procesal y pena efectiva. Entonces, una primera exigencia desde la garantía del juicio previo es la de no convertir a la detención preventiva en una pena anticipada y mantenerla en su estricto carácter procesal.

Una segunda garantía que entra en juego cuando se establece un régimen de medidas cautelares, es la de inocencia, a la que podríamos definir como una

valla frente a la arbitrariedad y la aplicación de la pena de sospecha. Para aplicar una sanción, la acusación deberá realizar un trabajo de construcción de certeza con relación a la responsabilidad penal de la persona, caso contrario, la garantía de inocencia siempre prima y la persona debe mantener su libertad.

En función a esta garantía y a sus implicaciones en el proceso es que suele cuestionarse fuertemente la aplicación de medidas cautelares, ya que significarían la aplicación de una sanción a un inocente. Sin embargo, de una parte debemos recordar lo mencionado con relación al juicio previo: la medida cautelar es una herramienta procesal y no una sanción, y en tanto se mantenga en ese cause, puede aplicársela sin vulnerar, en principio, la garantía de inocencia; de otro lado, recordemos la necesidad de resolver la tensión entre el respeto por los derechos del imputado y la verificación de las condiciones para aplicar la ley penal en forma equilibrada: este equilibrio implica respetar los derechos de la persona perseguida penalmente, pero también manda darle herramientas a la acusación para la averiguación de la verdad.

A partir de esas afirmaciones, la aplicación de una medida cautelar debe ser controlada desde varios aspectos: por una parte, deben verificarse los requisitos establecidos por la ley para posibilitar la medida cautelar; adicionalmente, la acusación debe demostrar que precisa de la aplicación de esa medida cautelar para lograr su investigación, ya que de otra manera no podrá seguir adelante; este punto es el que distingue a la medida cautelar de la sanción, la medida cautelar se solicita desde una necesidad instrumental de lograr la investigación para presentar un caso y solicitar la imposición de una sanción. La medida cautelar no puede solicitarse sin ese sustento, cual si fuera una pena, porque allí si estaríamos ante una flagrante violación al principio de inocencia en juicio. Y en función a estas dos cuestiones, debe precautelarse la temporalidad en la aplicación de la medida cautelar, que es de fundamental importancia: si esta se solicita para lograr mejorar la investigación, la acusación no puede hacer esa solicitud y luego relegar el caso al olvido, sino que a partir de la obtención de la medida debe agilizar la investigación de forma tal de presentar su caso a juicio a la brevedad posible. Estas exigencias deben cumplirse para no ingresar en un conflicto, al aplicar una medida cautelar que atente las garantías constitucionales del imputado.

IV. El juez cautelar como contralor de garantías dentro de la investigación

La ley adjetiva penal, determina de manera precisa la actividad del Juez cautelar, quien se constituye en la autoridad jurisdiccional bajo quien se encuentra el control del desenvolvimiento de los actos de investigación que realizan tanto fiscales como funcionarios policiales, desde el primer acto del pro-

ceso hasta la conclusión de la etapa preparatoria; conforme a las previsiones contenidas en el art. 54 inc. 1) concordante con el 279, ambas del Código de Procedimiento Penal, normas que le otorgan la facultad para disponer lo que fuere de ley a efectos de restituir derechos transgredidos en caso de constatare vulneraciones.

El Juez de Instrucción Penal Cautelar, tiene la atribución de ejercer control jurisdiccional durante el desarrollo de la investigación respecto a la Fiscalía y a la Policía Nacional, por tal razón, la misma norma legal en sus arts. 289 y 298 in fine obliga al fiscal a dar aviso al juez cautelar sobre el inicio de la investigación dentro de las veinticuatro horas de iniciada la misma; pues es la autoridad judicial encargada de precautelar que la fase de la investigación se desarrolle en correspondencia con el sistema de garantías reconocido por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y las normas del Código de Procedimiento Penal; por ello, toda persona involucrada en una investigación que considere la existencia de una acción u omisión que vulnera sus derechos y garantías, entre las cuales el derecho a la libertad debe acudir ante esa autoridad. Bajo este presupuesto, es el Juez el contralor de la investigación y de los derechos y garantías de las partes, será este quien debe considerar algunos principios necesarios a tomar en cuenta para la imposición de medidas cautelares, entre ellos, que el peligro procesal no se presume, no pueden entenderse como existentes en todos los casos, ya que ello sería violatorio de la garantía de inocencia.

El acusador, debe, en cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias fácticas ciertas presentadas por los litigantes, formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de aplicación de una medida cautelar, y en este caso se invierte la carga de la prueba, pues será el imputado quien en la audiencia de medida cautelar, deberá desvirtuar las afirmaciones de hecho que permitan al juez verificar esa existencia en concreto, de los riesgos procesales que puedan disponer la aplicación de una medida cautelar.

Al margen de este peculiar examen, el Juez cautelar debe velar por la aplicación del principio de excepcionalidad, el cual surge directamente de la combinación entre el derecho de toda persona a la libertad ambulatoria y la prohibición específica en el ámbito penal de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme, es decir, la garantía del juicio previo.

La obligación general que impone el principio de excepcionalidad es el de aplicar siempre la medida menos gravosa, incluso en aquellos casos en donde las medidas discutidas no involucren la privación de libertad, siempre se debe optar por la que perjudique menos el derecho del imputado a esperar su juicio en libertad, para esto el procedimiento penal.

El Juez o Tribunal en su caso, debe necesariamente fundamentar su decisión a la luz de este principio cuales fueron los criterios que llevaron a seleccionar la medida impuesta por sobre las otras posibles.

Constituye fundamental el examen de Proporcionalidad, cuya finalidad es la de impedir que la persecución penal inflija a quien la soporta un mal mayor, es decir que no deberá aplicarse una medida cautelar de privación de libertad, en aquellos casos en que la misma no sea aplicable, disponer una inmediata cesación de la medida cautelar cuando el tiempo impuesto equivalga o supere el tiempo de pena esperado para el delito perseguido, y la obligación de establecer, de acuerdo a los elementos concretos del caso presentado, que la medida resulta adecuada para impedir que el peligro o riesgo procesal se efectivice, pues recordemos que la misma debe estar revestida de la provisionalidad, es decir debe tener una limitación temporal, y debe cesar cuando desaparezcan las causas que la justificaron.

CONTROL EJECUTIVO:

El Manual de Litigación en Audiencias de Medidas Cautelares, emitido por la Dirección General de Régimen Penitenciario y Supervisión, dependiente del Ministerio de Gobierno, ha regulado un parámetro denominado “lista de chequeo” a la que deben ajustarse los jueces cautelares ha momento de determinar la imposición de una medida cautelar, este manual establece tres parámetros a comprobar en cada caso: la Fuga, la Obstaculización de la investigación y la Reincidencia del Imputado, ajustados al cumplimiento de los Principios esbozados. En cada uno de ellos se debe evidenciar una circunstancia generadora de peligro, debiendo verificar los siguientes presupuestos, elementos de pruebas aportados y/o suficientes indicios.

Para el peligro de Fuga, deben considerar:

- Arraigo insuficiente
- No tiene domicilio en el país
- No tiene familia en el país
- No tiene amigos en el país
- No tiene trabajo en el país
- Tiene facilidad para abandonar el país
- Tiene capacidad económica para abandonar el país
- Conoce gente fuera del país que puede facilitar su salida
- Ha salido del país en ocasiones anteriores

- Cuenta con documentación para salir del país (pasaporte y fecha de tramitación)
- Tiene posibilidad de cambiar su identidad
- Tiene posibilidades de permanecer oculto
- Tiene capacidad económica para moverse del lugar donde se encuentra
- Conoce gente que puede facilitarle el ocultamiento
- Ha sido difícil dar con él durante el desarrollo de la investigación
- Está realizando actos preparatorios de fuga
- Ha averiguado formas de abandonar el lugar
- Se ha comunicado con personas solicitándole refugio
- Ha iniciado trámites para conseguir documentación que le permita evadirse
- Conducta previa de evasión
- Se ha sustraído de la justicia en procesos anteriores
- Ha intentado escapar en el momento en que fue capturado

Para el peligro de obstaculización de la investigación, deben considerar:

- Posibilidad efectiva de acceder a los testigos/ peritos
- Posibilidad económica de influir en los testigos/ peritos
- Antecedentes de relaciones entre la persona y los testigos/ peritos
- Ha habido intento de comunicación con los testigos/ peritos
- Ha habido denuncias concretas por parte de testigos/ peritos
- Posibilidad efectiva de acceso a la prueba material
- Conocimiento de la prueba material existente

Para el peligro de reincidencia, deben considerar:

- Existencia de antecedentes de condena por procesos anteriores

En relación a los principios anotados, el criterio jurisdiccional, se limita a la verificación de las siguientes circunstancias:

CONTROL DEL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD:

- No es posible aplicar una medida menos gravosa
- No procede la detención domiciliaria debido a que no posee domicilio conocido
- No procede la detención domiciliaria debido a que no hay una persona que proporcione domicilio para su cumplimiento.

- Los elementos acreditados para el peligro procesal fundan la procedencia de la detención preventiva.

CONTROL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

- Gravedad del hecho
- Se trata de un delito:
 - De acción pública
 - Que tiene prevista pena de Privación de libertad superior a tres años
- La situación del imputado (social, económico, de relación) hace probable que efective el peligro procesal.

CONTROL DEL PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD:

- Detención preventiva, cuánto tiempo
- Debe solicitarse por el tiempo estimado que durará el peligro procesal
- Investigación
- Complejidad de la investigación a llevar a cabo
- Cuáles son los elementos probatorios que la investigación debe conseguir
- Cuál es la fecha estimada para la realización del juicio

Nótese que la autoridad administrativa, o en este caso, dependiente del Poder ejecutivo, en las recomendaciones otorgadas a los jueces cautelares, NO INCORPORA LA GRAVEDAD del hecho delictivo, en ninguno de los parámetros establecidos.

CONTROL CONSTITUCIONAL:

Sobre el mismo punto, es decir la aplicación de una medida cautelar, y específicamente la aplicación de la Detención Preventiva, como medida cautelar de última instancia, el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, se ha pronunciado mediante variadas Sentencias Constitucionales, y el análisis que se debe realizar por parte del juez contralor de garantías, entre ellas la jurisprudencia sentada en las sentencias fundadoras Nos. 584/01-R de 18 de junio de 2001, 881/01-R de 21 de agosto de 2001 y 910/01-R de 30 de agosto de 2001, realizando un análisis procesal y doctrinal para la aplicación de las mismas, estableciendo el siguiente criterio:

El Tribunal Constitucional considera como razón de la decisión que partiendo de la imputación formal y el pedido expreso de parte, deben observarse dos órdenes de requisitos: a) los contenidos en el art. 233 denominado ca-

balmente “requisitos para la detención preventiva” y b) los contenidos en el art. 236 que se refieren a la competencia, forma y contenido de la decisión, (requisitos de forma). Ambos deben ser necesariamente considerados, debiendo el Juez explicar objetivamente como llegó al convencimiento de que efectivamente se dieron en el caso concreto.

Sobre la necesidad de concurrencia simultánea de ambos requisitos del art. 233 del NCPP, para la detención preventiva. La razón de la decisión de las Sentencias Constitucionales No s. 1177/01-R de 13 de noviembre de 2001, 1187/01-R de 14 de noviembre de 2001 y 872/02-R de 22 de julio de 2002, enseña que ambos requisitos previstos en el art. 233 del NCPP, es decir, “... la existencia de elementos suficientes para sostener que el imputado es con probabilidad autor o partícipe...” que doctrinalmente consiste en el *fumus boni iuris* y la existencia de riesgo de fuga u obstaculización del procedimiento (*periculum in mora*, según la doctrina); deben ser acreditados por el solicitante de manera necesaria e imprescindible para que el Juez pueda ordenar la aplicación de una medida cautelar.

CONDICIONES BÁSICAS PARA SOLICITAR MEDIDAS CAUTELARES:

La realización de este análisis inicial (elaboración teoría del caso) nos proporciona un dato importante: la posibilidad de solicitud de una medida cautelar estará reservada a aquellos casos en que el análisis lleve al litigante a suponer, en principio, dos cuestiones:

- a. Que el caso en cuestión llegará con probabilidad a juicio;
- b. Que existe efectivamente un riesgo para que el juicio no se realice si no se aplica la medida cautelar;

A efectos de lograr la eficacia de la coerción estatal, la imposición de una medida cautelar en el proceso penal tiene por finalidad la averiguación de la verdad histórica de los hechos, el desarrollo del proceso penal y el cumplimiento de la ley, cuyo carácter es excepcional y durará mientras subsista la necesidad de su aplicación, teniendo en cuenta que se ejecutará de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación del imputado. Entre sus características, está la provisionalidad y variabilidad en su aplicación; es decir que es susceptible de ser modificada en cualquier estado del proceso, a pedido de parte e incluso de oficio, según previene el art. 250 del CPP al disponer: “El auto que imponga una medida cautelar o la rechace es revocable o modificable, aun de oficio”.

CONTROL DE DERECHOS HUMANOS

Las medidas cautelares y su importancia para la protección de los derechos humanos en las Américas, debe tener como objetivo primordial la consolidación de sus órganos principales. Deben robustecerse sus herramientas, toda vez que han demostrado tener un papel fundamental para la defensa y protección de los derechos humanos en el continente.

En ese sentido, el Informe final del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que retoma las principales posiciones de los Estados, evidencia la existencia de un consenso sobre la importancia de las medidas cautelares. Se considera que permiten proteger de forma efectiva los derechos humanos ante situaciones de gravedad y urgencia, así como ante la configuración de situaciones que generen daños irreparables a las personas, está principalmente vinculado con los derechos a la vida y a la integridad personal. De allí que cualquier intento de cambio relativo a su alcance, finalidad y operatividad, deberá fundamentarse en aquellas razones que permitan mejorar su funcionamiento y potencializar sus finalidades.

Conclusiones

En el proceso de reforma del sistema de justicia penal se planteó el reto de establecer un proceso penal que, por un lado, permita de forma eficiente el combate a la delincuencia y, al mismo tiempo, garantice el pleno respeto a los derechos de las víctimas u ofendidos del delito y de los imputados. Estas dos finalidades, que impulsan el diseño del proceso en sentidos diferentes, deben ser equilibradas en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En la regulación de las medidas cautelares, establecer este equilibrio es más complicado, quizá debido a que en su funcionamiento impactan claramente las insuficiencias institucionales, al igual que las presiones político sociales, y es para compensar estas, que encontramos el abuso de la detención preventiva en nuestro sistema penal.

Así pues, en un Estado de Derecho, la detención preventiva solo puede regularse adecuadamente desde una correcta comprensión de su función de medida cautelar. Así, se pueden entender sus fines, las formas en que puede utilizarse y los límites que son inherentes a su utilización.

Esta situación es evidente toda vez que comúnmente se puede advertir que los encargados de precautar los derechos de los imputados, dejan de lado los fundamentos doctrinales de los fines del proceso, la regulación de la apli-

cación de las medidas cautelares aplicando la detención preventiva como medida cautelar, presionados por la gravedad del hecho delictivo, conforme la presión político social, emergente de la coyuntura que afrontan.

Cada día se puede apreciar, como los jueces cautelares, cambian los fundamentos básicos de las medidas cautelares, para forzar la aplicación de la medida extrema de la detención preventiva, como ejemplo, se presume la ausencia de un domicilio, alegando carencia de documentación, o habiendo acreditado una fuente laboral, se presume la ilicitud de la misma, así como la presunción de riesgos obstaculizadores, contradicciones que solo sirven de fundamento para la aplicación de la detención preventiva por la presunta gravedad del hecho, por la presión social, política o mediática ejercida en casos de relevancia social, o de interés político.

Nuestro sistema penal, cada día está más cerca de adecuarse al denominado Derecho Penal del Autor, el cual castiga por lo que la persona es, donde el sujeto responde por su ser, por sus condiciones o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, cuando el objeto de la imposición de una medida procesal restrictiva, debe responder a los fundamentos del Derecho penal de acto, el cual se ciñe al principio de legalidad, castiga por lo que la persona hace, es decir por el acto ilícito cometido. El derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor, lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos, “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.

Este fundamento doctrinal, se encuentra contemplado en la jurisprudencia nacional, específicamente en las Sentencias Constitucionales Nos. 1157/01-R de 5 de noviembre de 2001 y 177/02-R de 27 de febrero de 2002, la razón de la decisión afirma que los únicos supuestos para detener preventivamente son los contenidos en los arts. 233 en relación con los 234 y 235 y mediante la forma prevista en el 236; por lo que no es viable apoyar la detención preventiva en los antecedentes del imputado, ya que se juzgaran durante el proceso sus actos y no sus antecedentes (derecho penal de acto y no de autor).

Fuente: (www.tcpbolivia.bo)

Asimismo, sobre la inexistencia de excepciones a los requisitos establecidos por el art. 233 del Código Procesal, existe abundante jurisprudencia al respecto que puede ser resumida en la siguiente razón de la decisión: a partir del art. 9-I constitucional que señala taxativamente que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por Ley; los requisitos previstos en el art. 233 del Código de Procedimiento Pe-

nal, para disponer la detención preventiva son aplicables a todos los casos, sin que exista excepción alguna en razón al supuesto delito, calidad, profesión, oficio o condición de la víctima, ni por la alarma social o perturbación del orden público, conforme señalan las Sentencias Constitucionales Nos. 1101/02- R de 13 de septiembre de 2002.

En el mismo sentido, la razón de la decisión de las Sentencias Constitucionales Nos. 1115/02-R de 16 de septiembre de 2002 y 1187/01-R de 14 de noviembre de 2001, indica que no se puede inferir riesgo de fuga o de obstaculización del procedimiento sobre la base de la gravedad del hecho, la perturbación del orden público o la alarma social.

Fuente: (Yáñez Cortés, Arturo, *Nuevo Código de Procedimiento Penal: Jurisprudencia Constitucional y Documentos*, GTZ – Reforma Procesal –MSD/USAID, Sucre, 2001.)

Estos fundamentos jurisprudenciales de carácter vinculante para los jueces, determinan la inaplicabilidad de la gravedad de un hecho delictivo en la aplicación de la detención preventiva como medida cautelar, la regla fundamental “*Nadie puede ser penado por lo que es, sino por lo que ha hecho*” establecida en el espíritu de todas las garantías constitucionales, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, deben ser reconocidos por el juzgador, en todo momento del proceso penal, bajo alternativa de convertir a la justicia y el uso del procedimiento, en instrumento del gobernante o de la intimidación de la sociedad.

El objeto asegurar la presencia del imputado en el proceso, a través de una medida provisional, revisable y modificable aún de oficio, tiene con el fin de evitar que la detención se convierta en una pena anticipada, siendo que el proceso penal aún está siendo sustanciado y no existe sentencia ejecutoriada. De ello se infiere la necesidad de existencia de equilibrio entre la finalidad de la medida cautelar de detención preventiva y los derechos del imputado; en ese orden, el sistema penal boliviano configura la detención preventiva bajo criterios procesalistas, que van más allá de los criterios sustantivos de asimilación de la pena y asimilación de la medida de seguridad sostenidos por Marcelo Cipriani en el desarrollo de su teoría sobre la custodia preventiva. En efecto, del análisis de nuestras leyes adjetivas, se puede establecer que superando los citados criterios, el procedimiento penal ha previsto la medida cautelar en estudio bajo el marco de los criterios procesalistas desarrollados por Cafferata Nores, referidos a: 1) La tutela del descubrimiento de la verdad, por cuanto “La posibilidad de que el imputado utilice su libertad para obstaculizar la investigación, es causal de denegatoria de la eximición de prisión o de la excarcelación en las leyes procesales, por lo cual, a contrario sensu, dicha posibilidad se constituye en fundamento de encar-

celamiento preventivo”; 2) La tutela de la realización del proceso, dado que “partiendo de la base de que las leyes procesales reglamentarias del juicio previo proscriben que éste se realice si el encartado no se halla presente, y muchas de ellas contienen disposiciones que impiden el avance del proceso frente a la ausencia de aquél (prohibición del juicio en rebeldía), se advierte claramente que la presencia del imputado durante el juicio resulta una necesidad ineludible”; y, 3) Tutela del cumplimiento de la pena futura, traducida en arrogar “al encarcelamiento preventivo la finalidad de asegurar el cumplimiento de la posible condena de prisión o reclusión, impidiendo que el imputado eluda, mediante su fuga, la efectiva ejecución de la pena” (Cafferata Nores. *La Excarcelación*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina). Ahora bien, los criterios procesalistas desarrollados por la doctrina, deben ser siempre ponderados con los derechos y garantías procesales que asisten al procesado a objeto de evitar -como ya se dijo- que la detención preventiva se convierta en una pena anticipada.

Precisamente en el marco de esa ponderación, la normativa procesal ha establecido los tres presupuestos en los que procede la cesación de la detención preventiva, pero al mismo tiempo, en un equilibrio con los fines del proceso y su efectivización, es que se prevé también el cumplimiento de ciertas formalidades, cuales son la no persistencia de los riesgos procesales que motivaron la detención preventiva, y que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado, ello implica que el juzgador, debe necesariamente efectuar una valoración integral de los presupuestos, circunstancias y actuaciones suscitadas en el caso concreto y en base a ello determinar si procede el cese de la detención preventiva y en su caso la aplicación de alguna medida sustitutiva.

De esa forma, se procura evitar que la detención preventiva se convierta en una pena anticipada, pero al mismo tiempo se dota a las autoridades jurisdiccionales de los mecanismos que permitan garantizar la presencia del imputado o condenado en el proceso, evaluando si procede la aplicación de medidas sustitutivas en el marco de la valoración integral de los presupuestos que motivaron la detención y en la actuación del imputado o condenado en el proceso y que la misma no hubiese sido evidentemente dilatoria, tendientes siempre estos dos últimos elementos a efectivizar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y también a revalorizar a la víctima, procurando un equilibrio entre ésta y el procesado tanto del acceso a la justicia cuanto de la tutela judicial efectiva.

El punto de partida de esta posición es señalar que no se puede otorgar la misma función procesal material de la pena que a la que cumple la privación de la libertad por una medida cautelar. En consecuencia, no se puede recu-

rrir a la detención preventiva, para obtener algunas finalidades propias de la pena. En otras palabras, la detención preventiva, en tanto medida cautelar, solo puede tener una función procesal. El carácter procesal de la detención, por tanto, conlleva que la privación de la libertad solo pueda ser usada para garantizar “la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”.

Desde esta perspectiva se señala que la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de los fines del proceso (instrumento del instrumento, como correctamente advertía Calamandrei). Así pues, dado que las medidas que lo integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas), solo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Lo anterior implica que resulte completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (del Derecho Penal Material) o considerando criterios tales como la gravedad del hecho, los antecedentes del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado se convierta en una amenaza a los fines del poder político.

De hecho, desde esta posición se señala que estas finalidades no están dirigidas a realizar la función procesal de las medidas cautelares, y por ello, su consideración resulta ilegítima.

Por tanto, la prisión anterior a la sentencia de condena, solo resulta legítima en la medida en que se utilice exclusivamente para garantizar la comparecencia del acusado al procedimiento penal y, eventualmente, para asegurar la ejecución de la sentencia de condena. Esta exigencia impide, en consecuencia, el uso material del encarcelamiento cautelar.

El Estado está obligado a no utilizar la detención preventiva como imposición anticipada de la sanción penal.

Bibliografía

Cafferata Nores, José, *La Excarcelación*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.

Yáñez Cortés, Arturo, *Nuevo Código de Procedimiento Penal: Jurisprudencia Constitucional y Documentos*, GTZ – Reforma Procesal –MSD/USAID, Sucre, 2001.

FACTORES QUE INFLUYEN EN LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Por Odir Fernández

Sumario: I. Implementación de modelos económicos represivos. II. Ausencia de Cultura de democracia en la sociedad. III. Implementación de políticas criminales incompatibles con el modelo democrático: Las Consecuencias de la Política de “Cero Tolerancia”. IV. Factores Extrajurídicos. V. Factores Jurídicos. VI. Bibliografía.

I. Implementación de modelos económicos represivos

Es sabido que la implementación de modelos económicos en Honduras así como otros países de América, han generado de manera obligatoria transformaciones en el sistema procesal penal; todo en razón de que las diversas clasificaciones sociales que se generan entre los miembros de la sociedad, como ser: clase alta, clase media, clase baja y pobreza extrema. Desde esa perspectiva, se hace una tipificación entre las personas que participan en la comisión de hechos delictivos.

Los diversos modelos económicos influyen en la aplicación de la normativa penal, con el objeto de poder promover confianza a los sectores sociales que mayor poder adquisitivo tienen.

La Reforma Procesal Penal Hondureña entró en vigencia en el año 2002, pero los procesos de elaboración del actual código procesal penal, se dio en la década de los 90; en esos momentos la situación política y económica, no era considerada la mejor, debido a lo ocurrido en la década de los 80 y sobre todo la exigencia de organismos internacionales para cambiar las políticas monetarias, principalmente la devaluación de una moneda que por largo tiempo se mantuvo estable en Honduras.

En los aspectos políticos sociales se llevó a cabo una fuerte campaña ideologizante de ser una estrategia del crecimiento económico y única alternativa para solucionar los problemas económicos y sociales del país. Asimismo, se consideró necesario el control y reducción del poder de negociación de sindicatos, por lo que se eliminó drásticamente el cuestionamiento del mode-

lo económico impuesto y se sustituyó la contratación colectiva por la individual. De esta misma manera se planteó el control de los estratos más pobres y desorganizados en las áreas urbanas, en donde el descontento social podría surgir mediante adoctrinamiento mediático y aumento de las penas.

Esta transición a este nuevo modelo económico ha ocasionado a largo plazo una disminución de los sueldos reales y de los niveles de vida de los Hondureños como consecuencia de la devaluación, así como una reducción de los servicios públicos, lo cual ha agravado la desigualdad de los ingresos y provocado mayor pobreza en el país, mayor ineficiencia estatal¹ por reducción de su papel tutelar de los derechos humanos y en consecuencia, ha generado en la población una pérdida de confianza en las instituciones Estatales, lo que conlleva a una afectación de la gobernabilidad estatal por pérdida de hegemonía en términos de eficacia y legitimidad.² Al respecto, Ávila-Londoño (2013), en su análisis del aumento de la tasa de homicidios, robos, extorsiones y criminalidad violenta que sucede en la comunidad de Altavista, Medellín, señaló que:

- 1 “...Dadas las importantes reducciones en los gastos públicos, el Estado ha perdido cada vez más el control de una parte de su territorio, sobre todo en las ciudades. Algunos barrios se han convertido en zonas donde no prevalece el derecho, más exactamente el poder de facto (el de las organizaciones criminales) ha sustituido al poder de jure (el del Estado), de ahí el lado poroso del Estado.” Salama, Pierre. Op. Cit. Pie de página, 18.
- 2 “La corrupción y la impunidad —y sus efectos relacionados: la inseguridad jurídica y ciudadana—son problemas que debilitan las instituciones, desactivan sus mecanismos y valores de orientación y socavan las bases mismas de la confianza y la cohesión social. Un sistema efectivo de justicia no es una condición suficiente, pero sí necesaria para la consolidación democrática” (.....) “Como resultado de la corrupción e impunidad, el fortalecimiento de los operadores del sector justicia es uno de los desafíos para la gobernabilidad democrática en Honduras, cuyo reto principal pasa por mejorar las condiciones de acceso y, además, lograr que las leyes sean aplicadas sin hacer distinción de clase o estatus. Se identifican dos tareas prioritarias en materia de derechos humanos: Conquistar la correspondencia efectiva entre derechos proclamados y derechos vividos, y fortalecer y potenciar los valores de derechos humanos en los hondureños para que estos valores sean una parte fundamental y natural dentro de la democracia y el desarrollo del país”(...) “Mucha de la desconfianza se relaciona con el incremento de la violencia y de la criminalidad, como también tiene que ver con el tipo de programas y proyectos de desarrollo en el ámbito municipal. La falta de confianza afecta particularmente a las relaciones entre las personas y la relación entre la gente y las distintas instituciones. En una sociedad con poca confianza es más difícil generar una acción colectiva y una cooperación efectiva en aspectos como la toma de decisiones, la coordinación y la ejecución de un proyecto. En adición, la desconfianza impacta negativamente no solo en la interacción social personal, sino también en el desempeño democrático y en el desarrollo”. Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR), Op.cit., pp. 80,81,82.

“La deslegitimación de las autoridades es quizá el eje transversal que articula todas las violencias; deslegitimación como causa y efecto, ya que el conflicto incide en la ingobernabilidad, la ingobernabilidad degenera en deslegitimación de las autoridades, y, a su vez, la deslegitimación de las autoridades estimula la criminalidad y se representa en bajos niveles de denuncia y en aceptación de otros *órdenes ilegales alternativos*. La imposibilidad de tener un *orden social hegemónico estatal* que elimine a sus competencias, en cuanto a la conservación del orden público y la exclusividad en la tributación, es un grave síntoma de ingobernabilidad democrática”. (pp.135).

En cuanto a la relación entre desigualdad, ineficacia estatal para reducirla y violencia, Salamá (2003) señala que:

El incremento de las desigualdades tiende a acentuar la violencia probablemente porque es percibido como particularmente injusto en países donde las desigualdades ya son muy marcadas. Cuando la política social del Estado no parece modificar esa evolución, entonces crece la tentación de “gravar” directamente a los que aparentemente viven en una situación más acomodada. (pp.21)

En forma similar, en Honduras el delito de robo es el que según el Centro de Estudios e Investigaciones Judiciales presenta el mayor número de ingresos al sistema judicial, el cual a la vez es el delito por el cual se impone predominantemente la prisión preventiva, lo cual demuestra la relación estrecha entre delincuencia contra la propiedad, efectos de las medidas de ajuste económico y mantenimiento de la prisión preventiva como principal medida coercitiva de control de los estratos más pobres y desorganizados.

II. Ausencia de Cultura de democracia en la sociedad

Careciendo de una sólida tradición democrática, a partir de 1981 en Honduras inicia progresivamente a instaurarse la democracia en forma permanente en el marco histórico del conflicto centroamericano, lo que confirió a la democracia Hondureña fragilidad y una naturaleza autoritaria en la década de los ochentas. La disolución del régimen militar y el paso hacia la democracia fue producto de transiciones pactadas desde arriba, con base en un compromiso exclusivo entre las élites establecidas y de acuerdo con la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2011) no representó un consenso de intereses sociales con inclusión de todos los sectores representativos del país. En este balance entre democracia y desarrollo de Honduras se percibe una progresiva erosión del proceso democrático del país, más allá de las reformas introducidas en los primeros años del siglo XXI.

Desde mediados de la década de los noventa hasta inicios del siglo XXI, la ciudadanía Hondureña tuvo su mayor respaldo a la democracia en el 2000 (64%). Sin embargo, este apoyo comenzó a disminuir en el 2001 (un año antes de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal) y para el 2005 se redujo a tan solo 32%. Lo mismo ha sucedido con el nivel de satisfacción con la democracia: Si bien es bajo y es inferior a los porcentajes del apoyo a la democracia, siguiendo la secuencia del Latinobarómetro (2013) se percibe que entre 1996 y 2005, el año de mayor nivel de satisfacción es en el 2002; pero para el año 2005 prácticamente se redujo al porcentaje que existía en 1996, años en el que se registran los más bajos niveles de satisfacción, siendo el porcentaje de apoyo a la democracia para el dos mil trece de tan solo un 44%, apenas un 2% de diferencia con el porcentaje de 1996, lo que lo ubica en el antepenúltimo lugar a nivel Latinoamericano. Al compararse estos datos, paradójicamente, se percibe un mayor porcentaje de apoyo a la democracia, pero a la vez se percibe un menor nivel de satisfacción.

Asimismo, en Latinobarómetro se señala que los hondureños estarían dispuestos a aceptar gobiernos militares a cambio de seguridad, por lo que en la sociedad hondureña se consideran como normales y aceptables las políticas criminales tendientes a la incrementación del número de delitos, el incremento de las penas y el uso de la prisión preventiva como coerción procesal en estos delitos, así como la presión que a diario se ejerce por parte de los medios e instituciones sobre los jueces para imponer la prisión preventiva como para decidir condenas tales propósitos ejercida tanto por los medios como por el aparato estatal.

De lo anterior se deduce que la ciudadanía hondureña apoya la democracia de origen (La democracia como forma de Gobierno), pero no apoya la democracia de ejercicio o desempeño, lo cual no trae consigo de manera automática un incremento de la legitimidad democrática y supone una especie de malestar de la ciudadanía con la democracia hondureña, por lo que no debe cuestionarse la democracia como forma de Gobierno y régimen político sino el funcionamiento de sus instituciones, sus organizaciones y sus actores ya que el rezago y las inequidades sociales continúan siendo los principales desafíos para la consolidación de la democracia en Honduras. Hasta finales de los años noventa la ciudadana consideraba como principales problemas que la afectaban los de tipo estructural como educación y pobreza. Sin embargo, a partir del año 2000 se consideran temas más coyunturales como la violencia y la corrupción. La conjunción de los rasgos de la cultura política con su modelo político asociado explica gran parte de las dificultades en la construcción de una cultura democrática que demanda el respeto a la institucionalidad Estatal, la horizontalidad, la participación ciudadana, la inclusión y

gestión tolerante de las diferencias con los civiles como garantes en su mantenimiento y desarrollo.

Esta conjunción ha influido significativamente en el rendimiento esperado del sistema, de las instituciones, lo que además de hacer vulnerable al sistema a sufrir retrocesos políticos como el del mes de junio de 2009, lo vuelve más susceptible de violentar garantías constitucionales, como la presunción de inocencia mediante el uso indiscriminado de la prisión preventiva por parte de los órganos judiciales, lo cual es uno de varios factores que inciden en la demanda de la población de inmediata prisión de cualquier persona que aparezca en los medios periodísticos como acusada de haber cometido un delito, por lo que es mal visto socialmente la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión preventiva y muchos jueces sin una adecuada conciencia de lo que representa su rol bajo la ética jurídica de un Estado Democrático de Derecho ceden ante estas presiones exteriores.

III. Implementación de políticas criminales incompatibles con el modelo democrático: Las Consecuencias de la Política de “Cero Tolerancia”

En relación con la pobreza, crisis de gobernabilidad y el aumento del uso de la prisión preventiva observado entre los años dos mil tres y dos mil cinco, el fenómeno de las maras o pandillas tiene una estrecha relación. El desarrollo de las pandillas es consecuencia predominante del aumento en la emigración de la población Hondureña a los Estados Unidos en busca de fuentes de trabajo como consecuencia de un modelo económico neoliberal excluyente para la mayoría de la población. Durante la década del noventa e inicios del presente siglo aumentó el desempleo masculino, junto con el desarrollo acelerado de la maquila (industria en la cual se emplea predominantemente mujeres por considerarlas –a diferencia de los hombres– como sumisas) con lo cual se intensificó la emigración predominantemente masculina hacia los Estados Unidos de Norteamérica. Para el año dos mil ocho, más de 100,429 hondureños han sido deportados de los Estados Unidos por su condición de “ilegales”.

En el contexto de la carencia de servicios básicos, la ilegalidad del asentamiento y de la propiedad de la tierra, el hacinamiento, la falta de empleo, la debilidad del sistema de justicia y de los servicios públicos básicos como consecuencia de la reducción del aparato Estatal en consonancia con los requerimientos del Fondo Monetario Internacional y otros problemas sociales (que se han incrementado desde 1990 a consecuencia del modelo Neoliberal) se incubó este fenómeno social que más ha preocupado a los hondure-

ños desde los últimos años del siglo XX el cual ha sido importado por los Hondureños deportados de las calles de las grandes urbes norteamericanas.³

Tanto el Huracán Mitch, problemas generados por una explosión demográfica a consecuencia de altos índices de fecundidad y mayor esperanza de vida entre mil novecientos noventa al año dos mil,⁴ así como el subempleo y escases de fuentes de trabajo fueron la combinación que aceleró la emigración hacia los Estados Unidos de Norteamérica y España, convergiendo la importancia de las remesas y la utilización del movimiento migratorio como pieza del tablero de ajedrez diplomático y medio de presión política como factores que han reforzado la emigración. Marcel Dan's señala que esta convergencia de factores generó una mayor crisis de inseguridad ciudadana:

El TPS no implicó la no deportación de hondureños, entre ellos la deportación de traficantes y criminales familiarizados con los usos y prácticas del hampa Estadounidense, así como de personas con experiencia en pandillas callejeras y en penitenciarias de la ciudad de Los Ángeles y de otras ciudades de la Unión Americana, lo cual fue el factor desencadenante del problema de las maras ya que una vez deportados al territorio nacional se convirtieron en ardientes difusores de la subcultura de la delincuencia juvenil Estadounidense en Honduras, en donde en años anteriores solo existían pequeñas pandillas a nivel de barrios. Bajo esa influencia y sobre todo bajo el mando de los delincuentes “Norte americanizados”, esos pandilleros locales no tardaron en aglomerarse en cofradías de maleantes conocidas como “maras”. Si bien no es la causa directa del fenómeno de las maras y pandillas en Honduras por las razones anteriormente expuestas, Marcel Dan's señala que la supresión del servicio militar obligatorio como rito de transición a la edad adulta, -con lo que esto implicaba la camaradería viril, de reparto heroico del esfuerzo físico, de aprendizaje del manejo de las armas y de sumisión

- 3 La denominación de “maras” según sus miembros, es debido a que sus integrantes actúan conjuntamente y dejan “la tierra rasada” en las zonas donde operan y siembran el terror en los barrios donde se han posicionado y obligan a los vecinos a someterse a sus reglas de juego o a sufrir por la pérdida de bienes y vidas. Es un actuar considerado análogos al de las hormigas “marabuntas”, por lo que se infiere la denominación genérica de estos grupos. Bajo tal uso, el término adquirió un significado opuesto al que históricamente había tenido en la lengua popular centroamericana, ya que en dicha región, por “mara” se reconocía al amigo.
- 4 Período en el cual según BCH la población del país creció en 39% y la población económicamente activa creció en un 52.1 %, con un crecimiento económico del Producto Interno Bruto en dichos años de tan solo 33.5% con media anual de 3% (inferior al crecimiento poblacional antes referido),

ciega a los mandos jerárquicos-, indudablemente abrió un espacio para el desarrollo de las pandillas de jóvenes, ya que estas organizaciones al tener funciones similares a las previamente señaladas, llenaron el vacío que dejó la supresión del servicio militar obligatorio pero en la desviación delictiva.

Si bien desde una perspectiva histórica este fenómeno también es consecuencia de la polarización política de la región centroamericana en los años ochenta producto de la guerra fría, en Honduras este fenómeno se relaciona estrechamente con la concentración del desarrollo tanto en Tegucigalpa y la Costa Norte en donde se reproducen sus efectos adversos sobre el conjunto del tejido social. Toda esta problemática de las maras y pandillas juveniles, así como el incremento de delitos contra la vida y contra el patrimonio (ambas originadas por la implementación del nuevo paradigma económico neoliberal), así como la inseguridad objetiva y subjetiva que provocan dichos grupos, ha dado como resultado además de la pérdida de gobernabilidad estatal, que la sociedad Hondureña le exija al gobierno soluciones inmediatas a estos fenómeno, así como el combate eficaz de la criminalidad que generen los grupos delictivos.

Tanto la debilidad de la sociedad civil Hondureña para organizar las demandas de los segmentos marginados de la población y la del Estado para atender sus necesidades básicas, ha generado soluciones autoritarias que en lugar de proponerse erradicar las causas socioeconómicas del fenómeno y encargarse del diseño de una estrategia concreta de seguridad con participación de la comunidad y focalizando su actuar en cada una de los diferentes problemas propios de cada sector poblacional, respondieron con una estrategia abstracta de seguridad basada en violencia institucional, lo cual ha influido directamente en el uso predominante de la prisión preventiva en el proceso penal.

Ante el aumento de la delincuencia como consecuencia indirecta de la extrema pobreza agudizada mediante el modelo económico neoliberal, con base en la matriz jurídico-liberal se ha recurrido al aumento de las penas como medida disuasiva: A partir de la clasificación de los delitos en graves y menos graves que se establece en el artículo 445 del Código Procesal Penal,⁵ del contenido del Código Penal y de leyes penales especiales se percibe que como consecuencia de todas las reformas que ha tenido el Código Penal (en el cual durante los años ochenta la pena a imponer en la gran mayoría de las figuras

5 En este artículo se consideran como delitos graves aquellos sancionados con reclusión superior a los cinco años y/o con multa superior a los treinta mil lempiras, y a contrario sensu se consideran delitos menos graves aquellos sancionados con reclusión inferior a los cinco años y/o multa inferior a los treinta mil lempiras.

delictivas era menor a los cinco años) desde la década de los años noventa hasta el presente, el 60.31% de las figuras delictivas son delitos graves (incluyendo el robo y el homicidio) y el 39.68% por ciento son delitos menos graves, lo cual es un factor que directamente influye en el problema de uso excesivo de la prisión preventiva por parte de los órganos judiciales a nivel nacional, ya que de acuerdo al numeral dos del artículo 179 del Código Penal, el juez debe tomar en cuenta la gravedad de la pena para determinar el peligro de fuga de un imputado como circunstancia que debe concurrir para ordenar la prisión preventiva con base en el artículo 178 del Código Procesal Penal, estableciéndose en el artículo 182 del Código Procesal Penal una prohibición de imposición de prisión preventiva cuando la pena a imponer sea inferior a cinco años de reclusión.

Si bien es cierto el texto del artículo 179 del Código Procesal Penal debe interpretarse en el sentido garantista de que no basta la concurrencia de la gravedad de la pena para considerar el peligro de fuga sino que a la vez debe de acreditarse cualquier otro de los cuatro numerales de dicho artículo para considerar fuera de toda duda el peligro de fuga, lo cierto es que en la práctica judicial diaria la mayoría de jueces considera suficiente para apreciar el peligro de fuga la gravedad de la pena a imponer lo cual se percibe a partir de una lectura de los autos de prisión emitidos a nivel nacional, costumbre judicial que tiene sus raíces en la práctica judicial instaurada desde muchos años anteriores a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, la cual ha sido reforzada mediante el conflicto social y con los problemas de inseguridad generados por el modelo económico.

Al momento de la entrada en vigencia del CPP en el dos mil dos, no hubo un proceso de selección de nuevos Jueces de Letras similar al que se organizó para la selección de Jueces de Sentencias, por lo que los jueces de Letras con experiencia en el sistema inquisitivo que comenzaron a celebrar las audiencias iniciales mantuvieron sus criterios inquisitivos en torno a la aplicación de la medida de prisión preventiva, especialmente el criterio exclusivo de gravedad de la pena con base en su duración, ya que en cuanto a esta circunstancia si se compara el artículo 445 del Código Procesal Penal con el artículo 433 del derogado Código de Procedimientos Penales se percibe que en ambos se considera la pena superior o inferior a los cinco años de reclusión como parámetro de clasificación de los delitos en cuanto al peligro de fuga, con la diferencia de que en el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales, la única medida sustitutiva a la prisión preventiva era la caución y en el Código Procesal Penal además de la caución se establecen otras medidas sustitutivas a la prisión preventiva, por lo que se ha interpretado sistemáticamente con base en esta costumbre judicial inquisitiva y en los artículos 182 y 445 del Código Procesal Penal de que las medidas sustitutivas a la pri-

sión preventiva solo son aplicables si la pena del delito es inferior a los cinco años de reclusión, y este criterio es el que se ha tomado en cuenta para las Reformas del Código Penal que se han llevado a cabo mediante los Decretos Legislativos Nos. 120-94, 191-96, 59-97, 127-99, 117-2003, 125-2003, 194-2003, 212-2003, 223-2004, 234-2005, 14-2006, 23-2008 en cuyos considerandos señalan como problema social el aumento de la criminalidad como justificación de las reformas al Código Penal, por lo que la estrategia que el Congreso Nacional ha perseguido con estos decretos es controlar el aumento de delincuencia mediante la creencia de que el aumento de penas disuade a la población y para el caso de que una persona sea enjuiciada por los delitos contemplados en las reformas, esta no tenga la oportunidad de ser beneficiada con la implementación de una medida sustitutiva a la Prisión Preventiva.

El principal objetivo de los decretos legislativos vigentes desde 1996 que han reformado artículos del Código Penal antes de la vigencia del Código Procesal Penal, fue aumentar el valor en lempiras de los días de conmuta y/o de caución (lo cual redujo considerablemente las solicitudes de caución ya que de dos lempiras de valor de las conmutas y cauciones se encareció a dos lempiras por día y la economía de las personas de bajos recursos se redujo como consecuencia de los paquetes de medidas económicas que se impusieron en la década de los noventas⁶), así como el aumento considerable de las penas de reclusión en dicho momento histórico para reducir el número de casos con beneficio de libertad bajo caución con base en el artículo 433 del derogado Código de Procedimientos Penales, lo cual explica el efecto acumulativo en el sistema penitenciario en el año dos mil uno: Una población carcelaria de 12,506 personas, de las cuales 10,591 estaban bajo prisión preventiva y 1,915 se encontraban cumpliendo condena, lo que en datos porcentuales significaba que el 85% de esta población se tratase de internos bajo la medi-

- 6 Esta consecuencia se explica mediante la aplicación de las leyes de la economía como ser: A mayores ingresos, mayor poder adquisitivo y por ende conlleva a una mayor demanda de productos y servicios. Si se considera la medida sustitutiva de la prisión preventiva de caución hipotecaria o de depósito de dinero como un bien adquirible por medio de la capacidad de adquisición de un acusado mediante sus ingresos, es de esperarse que como consecuencia de una devaluación de la moneda, así como de los bajos ingresos de un acusado esta medida será poco eficaz en su aplicación tal como se observa a diario en la práctica judicial y se infiere de los datos estadísticos antes mencionados, salvo para casos en que el acusado sea de altos ingresos los cuales son una minoría si se considera el hecho de que la mayor parte de personas acusadas pertenecen a los grupos sociales más vulnerables y marginados, cuyas defensas considerando los pocos ingresos de sus representados no solicitan la aplicación de la caución por ser elevadas sus cuantías como consecuencia de la devaluación y de un sistema de tasación abierta como lo recoge el Código Procesal Penal en cuanto a las cauciones.

da de prisión preventiva y tan solo el 15% se trataba de internos cumpliendo penas, señalando que el uso predominante de la prisión preventiva en la primera etapa del proceso no fue erradicado mediante la entrada en vigencia del CPP y en el transcurso de los diez años de la vigencia de este Código se vuelve a percibir porcentualmente casi la misma situación del sistema penitenciario del año dos mil uno. Tanto el instructivo sobre aplicación de las Medidas cautelares Sustitutivas de la Prisión Preventiva en los Delitos de Crimen Organizado emitido por la Corte Suprema de Justicia con base en el artículo 23 del Código Procesal Penal⁷ y los decretos 117-2003 y 125-2003 referentes a las reformas a los delitos de asociación ilícita (art.332 Cód. Penal)⁸ y secuestro (art.192 Cód. Penal) guardan estrecha relación con el aumento porcentual de doce punto dos por ciento de uso de la prisión preventiva observado en el período 2003-2004, ya que en este período estadísticamente después del robo el delito de asociación ilícita era el delito por el cual más se emitían autos de prisión preventiva, lo cual explica una temporal tendencia a la baja en la tasa de homicidios entre los años 2003 y 2005, ya que la mayor parte de homicidios en ese período de tiempo acontecían en el contexto de las actividades de las maras, tendencia que posteriormente se invirtió hacia el aumento debido a la desigualdad social.

No fueron influyentes en este aumento porcentual los decretos 194-2004 y 212-2004 referentes a delitos financieros, en la administración de fondos públicos y privados de jubilaciones y pensiones y de contrabando y defraudación fiscal ya que se trata de delitos en su mayoría de cuello blanco para los cuales el Estado ha sido ineficaz para enjuiciar personas por la comisión de estos delitos por tratarse autores y partícipes con poder político y empresarial.

Asimismo, el paulatino aumento de causas penales por la continuación del aumento de la criminalidad a mediados de la primera década de este siglo generó los decretos 223-2004, 234-2005, 14-2006, 23-2008 y los últimos decretos de reformas al Código Penal emitidos por el Congreso Nacional en los últimos años, mediante los cuales se continuó con la misma política de disuasión mediante aumento de penas y limitación del uso de medidas sus-

- 7 Si bien mediante este instructivo aparentemente se pretendió interpretar la prisión preventiva conforme a los principios y fines de la misma, de su lectura se evidencia que la intención fue inculcar a los jueces el uso de la Prisión Preventiva en los Delitos del Crimen Organizado al considerarlos de extrema gravedad y en consecuencia traza una línea de obligatoriedad de esta medida de coerción.
- 8 Estas modificaciones sucedieron a la vez en un contexto regional, ya que en noviembre del dos mil cuatro El Salvador aprobó la Ley Antimaras con vigencia temporal de seis meses, lo que a la vez promueve en Guatemala una iniciativa de ley en el mismo sentido.

titutivas a la prisión preventiva, lo cual tienen una estrecha relación con el paulatino aumento de veintidós punto cinco por ciento (22.5%) de uso de la prisión preventiva observado en un período de casi siete años a partir del dos mil cinco hasta mediados del dos mil doce, siendo el decreto más influyente en este aumento estadístico el número 223-2004 publicado el doce de marzo del dos mil cinco al convertir el tipo penal del 332 del Código Penal en un tipo penal de autor en el que generalmente se basan los regímenes autoritarios.

Mediante estas reformas al Código Penal y Procesal Penal aumentó la demanda para el sistema de justicia de un mayor número de autos en los que se ordena la prisión preventiva, con lo que a la vez se afectó al sistema penitenciario Nacional ya que al aumentar el número de casos con prisión preventiva aumentó la demanda de espacio físico para mantener personas detenidas así como el gasto en alimentación y otros gastos estatales necesarios para el mantenimiento de las personas privadas de libertad, y siendo de que estos gastos sociales no han aumentado –ya que prácticamente se mantiene el mismo número de centros penales a nivel nacional en las mismas instalaciones penitenciarias y prácticamente con el mismo presupuesto para cumplir con la directriz Neoliberal de reducción y/o control estricto del gasto Estatal⁹–, el aumento porcentual de casos con prisión preventiva guarda estrecha relación con el colapso del sistema penitenciario y las tragedias que suceden en los centros penales del país observados en los últimos meses como la sucedida el catorce de febrero del dos mil doce en la Granja Penal de Comayagua y las acontecidas hace unos pocos meses en el Centro Penal de San Pedro Sula, porque en los años dos mil once y dos mil doce se perciben las mayores cantidades porcentuales de uso de prisión preventiva (82.81 % para el 2011 y 81.83% para mediados del 2012), lo cual refleja casi la misma situación caótica del sistema penitenciario Hondureño en el año dos mil uno.

La política de “cero tolerancia” del gobierno nacionalista de Ricardo Maduro Joest es un ejemplo de política criminal represiva que trajo consecuencias nefastas para el sistema penal por el uso del dominio (violencia Estatal) por sobre la hegemonía Estatal (capacidad para hacerse obedecer por medio de su legitimización) que trajo consigo el aumento porcentual en el uso de la prisión preventiva y colapso del sistema penitenciario. Mediante esta política los problemas sociales de las maras, delincuencia juvenil y de criminalidad organizada se abordaron mediante un modelo penalizador considerando al adolescente o joven como potencial delincuente, por lo que su principal ob-

9 Lo que a la vez explica el hecho de que las personas privadas de libertad mediante imposición de prisión preventiva la cumplan en los mismos centros penitenciarios en los cuales cumplen sus penas las personas condenadas, en abierta violación al artículo 86 de la Constitución de la República.

jetivo consistió en alejarlo y/o aislarlo de la sociedad, y para tal propósito el principal método utilizado fue la encarcelación y la imposición de penas, por lo que se realizaron reformas al artículo 332 del Código Penal consistentes en adicionarle otros tipos penales con el fin de sancionar con una pena la fabricación casera de armas de fuego, la portación ilegal de armas de legal tráfico y la fabricación y tráfico de material de guerra, armas y municiones. (Artículo 332AyB), y aumentar sustancialmente la pena por el delito de asociación ilícita entre un cien a doscientos por ciento (de 3-6 años a 9-12 años).

Otra reforma mediante adición fue la del artículo 184 del Código Procesal Penal en la cual se estableció la prohibición para el juez o Tribunal de sustituir la medida de prisión preventiva por otra medida cautelar substitutiva de la prisión en los delitos cometidos por miembros del crimen organizado o integrantes de asociaciones ilícitas (Decreto 117-2003), lo cual –además de ser otro factor que explica el aumento porcentual de 22.5% de uso de la prisión preventiva en menos de siete años–, es contradictorio con la necesidad de un Juez natural con facultad suficiente para controlar la solicitud de prisión preventiva, ya que al establecerse prohibiciones de esta naturaleza la actividad jurisdiccional se vuelve meramente burocrática en torno a la problemática de la prisión preventiva.¹⁰

Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión por parte del legislador de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial. Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados “delitos no excarcelables” no solo resulta ilegítimo por vulnerar el principio de inocencia al permitir el encarcelamiento de un acusado sin que pueda comprobarse o discutirse la existencia de razones concretas que lo justifiquen, sino que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de las funciones exclusivamente judiciales.

De acuerdo con las notas periodísticas divulgadas en este período presidencial se percibe que estas reformas acaecieron en una coyuntura histórica en que los niveles percibidos de criminalidad e inseguridad alcanzaron niveles

10 Mediante decreto 56-2013, nuevamente se reformó el artículo 184 de Código Procesal Penal estableciendo tanto un límite de un solo delito para gozar de medidas substitutivas, estableciendo una prohibición para el caso de reincidencia, con lo cual el uso de la prisión preventiva adquiere el carácter de medida coercitiva penal, desnaturalizándose su concepción de medida de aseguramiento del proceso. Asimismo, se amplía a un catálogo de más de veinte delitos en los que se prohíbe la imposición de medidas substitutivas a la prisión preventiva, con lo cual se espera un gran aumento porcentual en el uso de la prisión preventiva en los próximos años, con nefastas consecuencias para el sistema judicial y penitenciario.

alarmantes. De acuerdo a estas publicaciones la expectativa que el Gobierno inculcó en la población era que al capturar más pandilleros se acabaría la mayor parte de problemas de delincuencia y violencia en el país y de esa forma cumpliría su promesa electoral de hacer de Honduras un país más seguro.

Fue el Ministerio de Seguridad la institución que más insistió en la necesidad de estas reformas, argumentando que los detenidos salían en libertad al poco tiempo debido a que los fiscales o jueces solicitaban y aplicaban a su favor criterios de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, medidas sustitutivas de la prisión preventiva y sobreseimientos temporales o definitivos por no encontrárseles suficientes indicios de los cuales se pudiese razonablemente inferir la probable participación en los hechos, por lo que con estas reformas se pretendía limitar al máximo la implementación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva y otros beneficios procesales mediante el aumento de pena superior a los cinco años.

Todas estas nuevas leyes y reformas conforman una estructura jurídica que permite actuar con mayor discrecionalidad a un cuerpo policial que por años se venía quejando ante la opinión pública del excesivo garantismo de nuestra legislación, percibiendo tanto a los organismo defensores de los Derechos Humanos y a las leyes, Convenciones y Tratados Internacionales que reconocen estos derechos como un obstáculo para proceder sin medida ni control contra presuntos antisociales. Obviamente este modelo de política criminal no resolvió el problema de inseguridad: Solamente logró aumentar estadísticamente en los años dos mil tres y dos mil cuatro el número de personas sometidas bajo la medida de prisión preventiva mediante remisión a los centros penitenciarios del país y aumentó los problemas de los centros penales al afectar sus condiciones, las que previo a estas reformas no eran adecuadas.

Desde el punto de vista logístico y económico estas medidas representaron un gran reto para el sistema de justicia: Si de acuerdo con las cifras de la policía que eran divulgadas por los medios existían 32,000 “mareros” en el país, la entrada en vigencia de las reformas al artículo 332 del Código Penal implicaban un gigantesco gasto del Estado para acondicionar centros de rehabilitación y prisión, aun si se considera la modesta suma de 4,000 “mareros” señalada por las ONG`s durante inicios del presente siglo, por lo que aumentar el número de centros penales y de su personal y renglón presupuestario implicaba a la vez el incumplimiento de la directriz económica Neoliberal dictada por el Fondo Monetario Internacional de reducción del gasto público, razón por la cual no hubo un aumento significativo de los presupuestos penitenciario, judicial y del Ministerio Público, ni gasto en construcción de más centros de internamiento.

En consecuencia el sistema de justicia recibió una descomunal carga de trabajo generada por el gran número de requerimientos fiscales interpuestos contra personas acusadas de pertenecer a “maras”, lo cual fue una de las circunstancias que incrementó considerablemente en los Tribunales el tiempo de duración de las causas criminales evacuadas mediante la novedosa Reforma Procesal Penal por saturación de las agendas de audiencias de los órganos jurisdiccionales y dio lugar a períodos de prisión preventiva superiores a los límites legales.

El ingreso de 800 supuestos pandilleros con sus “líderes” ocasionó efectos cuantitativos y cualitativos sobre el sistema penitenciario: El efecto cuantitativo fue que lo que hasta en ese momento se había ganado en des congestionamiento de centros penales mediante la aplicación de la Ley del Reo sin condena y el nuevo Código Procesal Penal fue retrocedido a similares o peores condiciones de sobrepoblación penitenciaria existentes hasta antes de la entrada en vigencia de estas leyes, anulando sus efectos positivos, lo que provocó un generalizado descontento de la población penitenciaria que fue el detonante del efecto cualitativo: Agudización del conflicto entre los miembros de pandillas contra los internos comunes por la disputa del liderazgo dentro de los presidios.

Este conflicto, motivado por muchas causas ha hecho entrar en crisis el sistema penitenciario nacional ya que durante el período 2003-2004 han muerto 175 personas en dos incidentes.

IV. Factores Extrajurídicos

La influencia de la opinión pública y de los medios de comunicación social constituyen, a nuestro criterio, los factores extrajurídicos que influyen con mayor trascendencia en los operadores de justicia al momento de decidir la medida cautelar aplicable al caso concreto. Hay que considerar que la función de los medios es fundamental en una sociedad democrática y participativa, por lo tanto, toda propuesta acerca de su funcionamiento debe comenzar por encontrar un balance adecuado entre el derecho a la información y las garantías del debido proceso.

Igualmente debemos considerar que los medios masivos de comunicación proveen de información acerca de la realidad. No se puede negar su utilidad, sin embargo conviene tener en cuenta que debemos adoptar medidas para propiciar la educación que permita a los comunicadores sociales y a la ciudadanía en general entender el funcionamiento de la justicia penal.

1. LA INFLUENCIA DE LA OPINIÓN PÚBLICA

Aún en su forma más atenuada, indiscutiblemente, la cárcel es sinónimo de aislamiento, aflicción y segregación. La pena de privación de la libertad le sigue en gravedad a la [pena de muerte](#) y es entendida como el estadio más violento del Derecho, se trata de uno de los castigos más severos a los que un ser humano pueda ser sometido. Considerándose de esta manera a la cárcel, la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, por motivaciones ajenas a las previstas en la Legislación Procesal, en la realidad fáctica no puede ser otra cosa que la aplicación, lisa y llana, de una pena anticipada.

La criminalidad constituye un enorme desafío para la creatividad e innovación de las políticas criminales y penológicas. Un rasgo común de dichas políticas criminales es que se organizan en lo penológico, no como expresiones nacionales planificadas y sistemáticas sino, generalmente, como respuestas simplistas al pánico o el miedo colectivo en coyunturas concretas.

En combinación con otros factores, la alteración de la convivencia, a causa de la inseguridad refuerza un círculo vicioso que genera una mayor demanda de protagonismo policial y penitenciario. Bajo esas circunstancias, esta demanda a la larga favorece, entre otros aspectos, el aumento de los poderes discrecionales de la fuerza policial, el temor de los jueces a aplicar medidas no privativas de libertad y por ende, el ensanchamiento de la cárcel como destino privilegiado para sacar de circulación a los infractores que más atemorizan a la ciudadanía.¹¹

Muchas de las respuestas de la clase política a demandas sociales sólo tiene un efecto simbólico debido a la imposibilidad de presentar soluciones rápidas para ciertos problemas sociales más complejos, en ese contexto la tentación de utilizar al sistema penal como la principal, o incluso, única respuesta frente a los problemas de seguridad ciudadana es enorme.

El aumento de la represión penal a través del aumento de penas y limitaciones a la libertad, no representa costos significativos para la clase política y siempre tiene la ventaja de que cuando los efectos reales no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales.

11 Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos, “La cuestión penitenciaria: la necesidad de reorientar la política pública”, *Lente Ciudadano*, Boletín 2, Tegucigalpa, Honduras, enero-abril 2007, p. 12.

Es indiscutible que la opinión pública ejerce influencia sobre los operadores de justicia al momento de decidir sobre la medida cautelar aplicable en determinados casos. Esa influencia sigue una tendencia de exigir la imposición de la prisión preventiva y rechazar todas aquellas medidas no privativas de libertad, basada en la arraigada idea de que es la privación de libertad durante el transcurso del proceso el único medio para la realización de la Justicia.

De hecho no hay distinción entre acusación y sentencia en la conciencia pública. Para la opinión pública ser acusado es ser condenado. De allí que permitir dicha influencia al momento de decidir sobre la medida cautelar aplicable sería convertir nuestro sistema procesal penal en un proceso arbitrario.

No pueden los operadores de justicia inclinar sus decisiones basados en la opinión pública, pues ésta se encuentra desinformada sobre el espíritu de la legislación procesal, y por ello la mayoría de los ciudadanos no han logrado entender cuál es la naturaleza de las medidas cautelares no privativas de libertad, asociándolas en la mayoría de los casos a la impunidad y al aumento de la criminalidad, lo que es producto de la costumbre de muchos años a un proceso inquisitivo en donde la privación de la libertad se imponía como castigo desde el momento en que una persona era sometida a un proceso penal.

Se hace necesario entonces realizar acciones dirigidas a la educación de los ciudadanos sobre la naturaleza de nuestro proceso penal, promoviendo con ello un cambio de conciencia que permita a la ciudadanía entender que contamos con los medios idóneos que permitan la sanción de los hechos delictivos a través de una sentencia, asegurando la presencia del imputado durante el proceso.

Agregado a lo anterior, es necesario comprender que esa vinculación del procesado puede obtenerse por vías distintas a la prisión preventiva, y que no es a través de ésta que se va a reducir los índices de delincuencia en términos significativos, sino que a través de una política de Estado que se encargue de manera responsable de diversos aspectos sociales que influyen en las personas que cometen delitos.

De lo contrario el futuro de nuestro proceso penal vendrá condicionado por cuál sea el futuro de la desigualdad y el miedo de nuestra sociedad.

2. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El escenario mediático en el que se produce la representación del sistema penal se caracteriza básicamente por la visualización desproporcionada y alarmista de una delincuencia violenta, visualización que apela directamente a los sentimientos, abonando de ese modo a una cultura del miedo. En este con-

texto la representación mediática del sistema penal incide de forma poderosa en el sistema penal y es aprovechada por el gobierno y los legisladores con fines políticos bajo la coartada de una supuesta demanda social.

Por tales razones el análisis de la influencia de los medios de comunicación en el sistema penal es fundamental para comprender la reacción de los operadores del sistema ante el fenómeno criminal. Los medios de comunicación son una de las principales fuentes del conocimiento del sistema penal. De hecho, la mayor parte de los ciudadanos aprende más acerca del funcionamiento del sistema judicial por los medios de comunicación, que a través de su experiencia directa con el sistema.

Lastimosamente lo que impera en las noticias sobre el sistema penal es lo negativo, puesto que podemos observar que son muy escasas las informaciones sobre el buen funcionamiento en la justicia penal, sobre los medios y medidas que existen para garantizar a todos los ciudadanos un proceso justo, sobre las etapas del proceso y su duración, sobre las alternativas de reparación a la víctima en los casos que proceda. En fin, no existe por parte de los medios la difusión de los aspectos relevantes y positivos de nuestro proceso penal.

En un momento en el que la política criminal diseñada por los medios de comunicación exagera permanentemente la sensación de inseguridad de la población, en el que la sociedad reclama una reacción estatal inmediata ante cualquier presunta infracción a las normas penales, es que se escucha a diario que se debe aplicar la prisión antes del juicio para evitar que los “delincuentes” sigan cometiendo delitos.¹²

Se critica al sistema penal porque los delincuentes son remitidos a la orden de los Tribunales y de inmediato son “puestos en libertad”, sin entender que en dichos casos el procesado ha quedado sujeto a una o más medidas no privativas de libertad, que son las necesarias y suficientes para garantizar la continuación del proceso y que, eventualmente éste culminará, en caso de comprobarse la culpabilidad, con la aplicación legítima de una pena.

La tendencia de las noticias a referir solo los aspectos supuestamente negativos, como ser el caso de la aplicación de una medida cautelar no privativa de libertad, contribuye a atribuirle a éstas la causa de la impunidad y el aumento de la criminalidad. Obviamente esta asociación que hacen los medios de comunicación entre las medidas sustitutivas y la impunidad incide en los

12 Marín, Daniel, *Fundamentos y límites del encarcelamiento preventivo*, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1999. (disponible en World Wide Web, <http://derechopenal.com>, accedido el 11 de octubre de 2006).

operadores de justicia, que ante tales señalamientos se inclinan por la solución, es decir, no otorgar las medidas aun cuando procedan de acuerdo con las circunstancias valoradas en el caso concreto.

Se hace necesario entonces, en virtud de la importancia que los medios de comunicación tienen para el desarrollo de la vida cotidiana, promoviendo la educación e información a todos los ciudadanos, la adopción de políticas estatales que permitan que dichos medios difundan los aspectos más relevantes del funcionamiento de la justicia penal.

No es noticia únicamente informar que el procesado fue puesto en libertad, la noticia la constituye la información de que ese ciudadano se encuentra sujeto al proceso a través de una medida cautelar no privativa de libertad, procedente de acuerdo a la Ley, que por lo tanto esa persona contra quien existen indicios de participación en un hecho tipificado como delito está siendo procesada a través de un procedimiento respetuoso de su Estado de Inocencia, y que al culminar el mismo y desvirtuarse dicho estado, cumplirá con la pena prevista en nuestra legislación, concretándose con ello el actuar de la justicia.

V. Factores Jurídicos

Consideramos que entre los factores jurídicos que pueden influir al momento de decidir la medida cautelar aplicable, los derechos de las víctimas y los controles de cumplimiento de la medida impuesta son los que pueden tener mayor influencia en los operadores de justicia, siendo por ello necesario analizar dichos factores.

1. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Consideramos necesario en primer lugar establecer a quienes se denomina víctimas en nuestro proceso penal, para lo cual nos atenemos a lo prescrito en el artículo 17 del Código Procesal Penal que establece que tendrá el carácter de víctima: el directamente ofendido por el delito, incluyendo el Estado y demás Entes públicos o privados; el cónyuge o compañero de vida, los hijos, los padres adoptivos, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los herederos en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido y los socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil y los comuneros con respecto al patrimonio proindiviso.

Igualmente el artículo 16, del mismo Código, establece cuáles son los derechos de la víctima de un delito o falta, siendo éstos: Constituirse como Acusador Privado o Querellante y a intervenir como tal en todo el proceso y para

lo cual en casos de carecer de medios económicos tendrá el derecho de ser asistido por el Ministerio Público; a ser informada de los resultados del proceso aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; a ser escuchada antes de cada resolución que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; participar en las audiencias públicas; objetar ante el superior del Fiscal que interviene en el proceso, el archivo administrativo indebido de las diligencias y los demás derechos consignados en otras leyes.

Es pertinente establecer que nuestro actual proceso penal establece que la víctima es un sujeto procesal, como puede deducirse al haberse incluido dentro del Título III, denominado “Sujetos Procesales”, el Capítulo III, titulado “Del Acusador Privado”, por lo que podemos afirmar que nuestra legislación se encuentra encaminada a la tendencia moderna que indica un resurgimiento del papel de la víctima en el proceso penal.

No pretendemos, porque no es el objeto de estudio en el presente trabajo, hacer un análisis a profundidad sobre si en efecto las víctimas cumplen con su papel de sujeto procesal, ni de los cambios suscitados principalmente por influencia de una novel ciencia penal, como es la victimología, ni de otras cuestiones anexas de suma relevancia. Sin embargo, sí es importante establecer que nuestros legisladores dejaron plasmado en el Código Procesal Penal su aspiración de insertar a la víctima en el proceso, dándole una amplia facultad en su condición de sujeto procesal, como participante activo e inclusive como control de la labor de los Fiscales y Jueces.

Este papel de mayor protagonismo, que se encuentra regulado en nuestra legislación procesal, es el que pretendemos analizar, no desde la óptica expresamente procesal, sino que en relación a la influencia que las demandas de las víctimas, bien sea dentro del proceso, o fuera de él, a través de los medios de comunicación, por ejemplo, tiene en los Juzgadores al momento de decidir la medida cautelar aplicable a los casos concretos.

En el período en el cual iniciamos a realizar el proceso de investigación para preparar el presente trabajo, se suscitó un caso de los denominados “trascendentes”, por el impacto social que implicó, el cual para efectos ilustrativos resumimos de la siguiente manera: Cuatro jóvenes, estudiantes universitarios, resultaron muertos a causa del impacto que, con un vehículo automotor, hiciera otro joven en sus cuerpos, mientras éstos se encontraban esperando tomar un autobús para dirigirse a sus casas de habitación, en horas de la noche y bajo una lluvia considerable, en virtud del mal clima que imperaba en el país. El resultado de esto fue cuatro familias enlutadas por la tragedia, y una familia más que se vio envuelta en el proceso de defensa del procesado por el hecho.

Muchas fueron las intervenciones que se escucharon en los medios de comunicación, a los cuales llamaban los padres de los occisos, es decir, las víctimas en el caso, pidiendo que se hiciera justicia en contra del “asesino de sus hijos”, para quien exigían “todo el peso de la ley”, ni que decir de las manifestaciones en contra de las medidas no privativas de libertad a las que quedó sujeto el procesado en la respectiva audiencia de declaración de imputado. Igualmente existieron comunicados de los vecinos de las víctimas solidarizándose por sus pérdidas y exigiendo a los Fiscales y Jueces que hicieran justicia. De tal influencia fueron las exigencias de las víctimas y de la opinión pública, que en audiencia inicial, el Ministerio Público modificó el requerimiento fiscal presentado inicialmente por homicidio culposo a homicidio simple, aun cuando no tenía en sus manos la posibilidad de acreditar que el Joven procesado impactó en el cuerpo de las víctimas, actuando con dolo, en cualquiera de sus modalidades.

Probablemente este no sea el mejor ejemplo para acreditar la influencia que las peticiones de las víctimas tiene sobre la no aplicación de medidas no privativas de libertad, pues en el presente caso sí se impusieron, pese al descontento de los familiares de los occisos y las críticas de la población.

Sin embargo es una muestra de la influencia que tiene en nuestros operadores de justicia el clamor motivado por el dolor que en casos como éstos sienten las víctimas y que pueden llevar, como así fue, a situaciones extremas como modificar el delito de una modalidad culposa a una dolosa, que por ende representaba para el imputado una situación jurídica más grave, pero que por un breve espacio de tiempo dio una respuesta favorable a los intereses de las víctimas y sació las ansias de justicia manifestadas por la opinión pública.

Tal y como hemos establecido en apartados anteriores, existe a nivel general en la sociedad un desconocimiento de nuestro proceso penal, lo que motiva en la generalidad de los casos la negativa percepción que se tiene de la justicia penal, esto se encuentra motivado en especial por todos los años en los cuales no se conoció otro proceso penal más que el inquisitivo, donde la privación de la libertad sin condena se utilizaba de forma general, arbitraria, desde el inicio del proceso y como pena anticipada.

La sociedad, en la cual se encuentran eventualmente las víctimas de un proceso penal, no conoció otra forma de hacer justicia más que a través de la prisión durante el transcurso de proceso, sin importar si al final, con el paso de los años esa persona era condenada o no, siendo precisamente la condena del responsable lo que debe constituir el resarcimiento a los intereses de las víctimas.

De allí que las medidas cautelares no privativas de libertad, previstas en nuestro Código Procesal Penal, constituyen la acción procesal más trascendental y controvertida, habida cuenta que su adecuada utilización requiere un cambio de mentalidad, no sólo de la sociedad en general, sino también de los actores del proceso penal.

Precisamente por ello es cuestionable que los sentimientos que en algunos casos puedan mostrar las víctimas, su necesidad, bien sea de resarcimiento o de venganza, influya al momento de decidir cuál será la medida cautelar aplicable al caso, decisión que conforme al principio de legalidad, debe tomarse con fundamento en la Constitución de la República, Los Tratados Internacionales y la Ley Procesal.

Es por ello que siendo la víctima uno de los sujetos procesales, tiene el derecho a ser informada sobre los distintos actos del procedimiento, y es precisamente esa información la que permitirá que se comprenda que la decisión de imponer una medida no privativa de libertad no es sinónimo de impunidad, ya que las mismas implican la sujeción del procesado. Igualmente, la víctima, tiene derecho a conocer –lo que debería hacer estando presente en la audiencia en que se imponen las medidas cautelares y no a través de los medios de comunicación– las motivaciones que tuvo el juzgador para imponer la medida y las consecuencias para el imputado al momento de incumplirlas.

VI. Bibliografía

Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos, “La cuestión penitenciaria: la necesidad de reorientar la política pública”, *Lente Ciudadano*, Boletín 2, Tegucigalpa, Honduras, enero-abril 2007, p. 12.

Marín, Daniel, *Fundamentos y límites del encarcelamiento preventivo*, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1999 (disponible en World Wide Web, <http://derechopenal.com>, accedido el 11 de octubre de 2006).

ORAL LITIGACIÓN DE TÉCNICAS. ADVERSARIAL PROCESO

Por Gustavo A. Arocena^{1*} y Fabián I. Balcarce^{2**}

“La teoría no sólo es el fundamento conceptual de la práctica, sino que, al mismo tiempo, explica por qué la práctica está irremediabilmente condenada al fracaso”

(Slavoj Žižek, *En defensa de causas perdidas*, traducción de Francisco López Martín, Akal, Madrid, 2011, p. 10).

“Los «infomerciales» de autoayuda que se encuentran hoy en la televisión son los descendientes de una larga línea de vendedores ambulantes que ofrecían sus mercancías con espectáculos en tiendas de campaña y teatros alquilados”

(Daniel Dennett, *Romper el hechizo. La religión como fenómeno natural*, traducción de Felipe De Brigard, Katz, Buenos Aires – Madrid, 2007, p. 316).

Sumario: I. La razón del título. II. *Coaching* coercitivo: La venta de cosméticos. III. Oralidad: Sí, acepto. IV. Delitos que encuentran solución: Alegando la propia torpeza. V. Litigación: *Of course*. VI. Adversarial: Goliath contra David. VII. Proceso: Indebido. Conclusión: Ud. ha sido utilizado. Bibliografía.

I. La razón del título

Sin lugar a dudas, el título del presente texto exige una –al menos- breve explicación.

1 * Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

2 ** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

Se ha expresado: “Una de las demostraciones más tajantes de la superioridad de este último enfoque [esto es, el experimento controlado] es el hecho de que la ciencia haya descubierto un gran número de realidades del mundo, aunque todavía lo confirme con más fuerza si cabe la circunstancia de que gran parte de esos hallazgos –como el principio copernicano, la evolución derivada de la selección natural, la teoría de la relatividad general o la mecánica cuántica– tengan un carácter tan alucinantemente antiintuitivo. En efecto, al comprender la verdad como una realidad definida a través de la experimentación (y no por la aplicación del sentido común, el consenso, la sumisión al parecer de los ancianos, la gracia de la revelación o cualquier otro medio), nos hemos liberado de las constricciones que nos imponían nuestras ideas innatas y preconcebidas, nuestros prejuicios y nuestra falta de imaginación. La experimentación nos ha permitido aprehender el universo desde un punto de vista que supera con mucho lo que habríamos obtenido si solo hubiéramos confiado en nuestra capacidad de inferir a partir de la intuición”.³

Muchas veces es tarea del investigador poner “patas para arriba” las denominaciones, andar y desandar, buscar en lo más recóndito de lo que se presenta como novedoso en la ciencia, para buscar sus verdaderos propósitos, sus fundamentos epistemológicos, su consistencia conceptual y, en definitiva, la seriedad de lo que se aporta.

Es, justamente, lo que nos proponemos realizar en este escrito, y en ello se inspira la humorada del título.

II. *Coaching* coercitivo: La venta de cosméticos

Quienes han vivido en los límites de la pobreza (o viven en ella) saben que, cuando las necesidades aprietan, el engaño acecha.

A uno de nosotros, hace algunas décadas, lo invitaron a un evento que –según la promesa– le iba a “cambiar la vida”. No lo advirtieron, en ningún momento, cuál era el menú de la reunión. Lo cierto es que se encontró ese día en un salón alquilado por un conjunto de sujetos expertos en la estafa cuasi religiosa, acompañados de acólitos parados alrededor de las filas de sillas para los asistentes que aplaudían a rabiar cada vez que el sujeto que exponía manifestaba oralmente con un tipo de entonación diferente. Eran sujetos fanatizados por personas que habían encontrado sus debilidades más recónditas. El lavado de cerebro había rendido sus frutos. Entre el público se en-

3 Cfr. Hannay, Timo, “El experimento controlado”, en AA.VV., *Este libro le hará más inteligente. Nuevos conocimientos científicos para mejorar su pensamiento*, John Brockman (editor), Paidós, Buenos Aires, 2012. Lo agregado entre corchete nos pertenece.

contraban los “reclutadores” de nuevos “camaradas”. En el horario señalado apareció un sujeto de sexo masculino, con traje (tres piezas), camisa de seda y zapatos bastantes caros. Se presentó como un abogado decepcionado que había encontrado el rumbo en su vida a partir de la experiencia que, a continuación, iba a relatar. Era un gran orador. Su libreto, por lo que se veía, lo había repetido infinidad de veces.

Lo cierto es que el contenido del discurso era que cada uno de los que estábamos allí podíamos hacernos multimillonarios vendiendo algunos productos nimios de cosmética en un lapso relativamente estrecho de tiempo. La idea consistía en algo tan simple como que “todos nos bañamos; por tanto, necesitábamos jabones”. De tal manera, el producto no podía más que venderse a granel. A ello se le agregaba que, quienes ingresaban a esta orgía de dinero, recibirían dividendos de diez invitados que llevaran a la próxima reunión. A su vez, cuando esos diez, cada uno llevara otros diez, nosotros participaríamos de las ganancias de los cien posteriores. Para lograr ser un hombre adinerado sólo había que comprar una cantidad de esos productos al contado o con tarjetas de crédito, con las más variadas facilidades de pago.

Finalizado el “sermón”, reclutadores y aplaudidores se acercaban en forma bastante coaccionante a cada uno de los “invitados”, impidiendo ni siquiera razonar, a los efectos de que ingresaran al maravilloso mundo de los empresarios.

Uno no puede jugar con los sentimientos de las personas. Desde muy niños, por lo menos en esta parte del mundo, nos dicen que “somos muy inteligentes” y que vamos a ser triunfadores en la vida. Si a eso le agregamos que existen profetas que nos muestran el camino para lograrlo, se produce una simbiosis mágica acerca de un porvenir magnífico. Ni qué hablar cuando se trata del específico caso de nuestro país, donde, desde que tenemos memoria, se nos asegura que somos un pueblo maravilloso, que tenemos el país más rico del mundo y que, por ende, estamos condenados al éxito.⁴

Lo cierto es que, luego de rechazar las coactivas pretensiones de los activistas comercializadores, el protagonista de esta historia se acercó al cándido sujeto que lo había invitado y le preguntó: ¿Compraste jabón? Creo que ahí comenzó a darse cuenta del grave error que había cometido.

No hace mucho tiempo, una estudiante de derecho se nos acercó y nos comentó que ahora era “empresaria”. La energía estafadora no se pierde, se

4 Se ha ocupado recientemente de esta falacia, Tomás Bulat, en *Estamos como somos. Por qué los argentinos no tenemos el país que queremos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2015, p. 19 y ss. y 35 y ss.

transforma. Ahora, ni siquiera gastan en salones, este tipo de estrategia se replica telemáticamente. Y miles de desesperados económicamente acuden a la cita del engaño de depredadores volitivos.

¿Cuántas tías tenemos cuyo negocio es regalar perfumes a sus sobrinos, los que supuestamente tiene que vender como parte de su trabajo relativo a cosméticos, convirtiéndose de vendedora en consumidora?

El *coaching* coercitivo, en su base, es un sistema que busca producir cambios profundos en el ánimo de un grupo de personas. Hasta aquí puede no sonar tan mal, pero el manejo de este sistema en malas manos ya es otro boleto, y es precisamente el caso de algunas *pseudo* empresas que suelen utilizarlo para beneficios siniestros que radican en el sectarismo.

Persuaden acerca de que ellos son “una gran familia de triunfadores”. Se envisten en una enorme sonrisa que ni ellos se creen, utilizan trajes sastre que les toma como dos años terminar de pagar, se reúnen cada equis cantidad de días de la semana en un festín que trata de emular a los empresarios de verdad y tratan de mirar solamente para arriba desdeñando a los demás. A menos que –claro está– alguno de los demás muestre interés en sus falacias y entonces le convierten en “un triunfador que vivía equivocado”.

Los controladores dan una larga charla acerca de la importancia de “mantener los compromisos” en la vida. A los participantes se les dice que, si no mantienen sus compromisos, su vida nunca funcionará bien. Es una buena idea mantener los compromisos, pero los controladores subvierten un valor humano positivo para sus propios propósitos, de modo que los que reciben la charla activan sus sentimientos de culpa y su autocompasión simultáneamente.

Los que presencian la charla (conversos) tienen que comprometerse generalmente a no tomar, fumar y, a veces, no comer... o se les da breves interrupciones para comer que incrementan la tensión. La verdadera razón para el compromiso es alterar la química interna, que genera ansiedad y, con suerte, no hace más que desequilibrar levemente el sistema nervioso, lo que a su vez aumenta las posibilidades de conversión. Antes de que termine el encuentro, los compromisos se usan para asegurar que los nuevos conversos vayan fuera y encuentren nuevos participantes. Son obligados a comprometerse a ello antes de partir.

Ya convencidos de los puntos básicos se procede a utilizar técnicas para aumentar la tensión en la habitación y en el entorno.

Básicamente, los participantes se sienten preocupados por la posibilidad de ser descubiertos por los organizadores, y se ponen en juego sentimientos de culpabilidad: aquéllos son instados por los organizadores a relatar verbalmen-

te sus más íntimos secretos a otros participantes o forzados a participar en actividades que enfatizan el “quitarse las máscaras”. Una de las más efectivas organizaciones de “potencial humano” fuerza a los participantes a mantenerse de pie en el estrado frente a toda la audiencia mientras son atacados verbalmente por los organizadores.

Se procede a la introducción de un argot: nuevos términos que solamente tienen significado para “iniciados” que participan. A veces se usa intencionalmente un lenguaje incorrecto para hacer que los participantes se sientan incómodos.

En este punto no hay ni rastro de humor en las conferencias. Al menos hasta que los participantes han sido convertidos. Entonces, la alegría y el humor son muy deseables como símbolo de la felicidad que los participantes -se supone- han “encontrado”. No estamos diciendo que no resulte ningún bien de estas reuniones. Puede suceder, y sucede. Pero aseveramos que es bueno que la gente sepa lo que ha sucedido y que una participación continua puede no ser de su interés.

Sintéticamente: 1º) Los controladores causan un mal funcionamiento del sistema nervioso, haciendo difícil la distinción entre fantasía y realidad; 2º) El sueño inadecuado es otra forma primaria de reducir la alerta, especialmente si se combina con largas horas de trabajo o de intensa actividad física; bombardeando con experiencias intensas y especiales consigue el mismo resultado; y 3º) La persona es asaltada mentalmente mientras se encuentra en estado de alerta reducida causada en el primer paso. Se consigue con un diluvio de información nueva, lecturas, discusiones en grupo, encuentros o sesiones cara a cara en los que usualmente el controlador atosiga al sujeto con preguntas. Durante esta fase de la decognición, la realidad y la ilusión a menudo se mezclan y una lógica perversa es fácilmente aceptada.

Es apenas una minoría (los de la cima) la gente adinerada y apoderada, dedicados más bien a vender material “motivador” y organizar seminarios para los del siguiente nivel (más abajo). A los reclutadores y/o distribuidores sólo les queda tener fe, devoción y esperanza en su compañía y productos.

Los programas de *coaching* coercitivo se originaron en Estados Unidos en la década de los sesenta. Uno de los primeros ejemplos fue el creado por Werner Erhard, a partir de mezcla de doctrinas con los más diversos orígenes, como enseñanzas de la *New Age* y de la Iglesia de la Cienciología.

Los programas de *coaching* coercitivo han resultado ser controvertidos por diversas razones. Por caso, en América, el *coaching* coercitivo –sustentado en la

interpretación libre (y errada!!!) de la obra de Maturana⁵- ha permitido convertir a personas en una legión de entes estafados que son utilizados como medio para estafar a otras personas mediante un producto llamado *técnicas de litigación oral*. Se suplanta la investigación histórica y científica (con la precariedad existente, por no haber actualizado los métodos) del supuesto hecho delictuoso, por mera retórica.

Por otro lado, los métodos utilizados por estos programas también son objeto de crítica. El enrolamiento al programa se realiza exclusivamente por invitación a través de los graduados de los diferentes niveles, quienes son presionados psicológicamente para cubrir una cuota de enrolados. Algunas técnicas utilizadas tienen como propósito el fatigar mental y físicamente a los participantes: sesiones maratónicas que usualmente terminan pasada la media noche, asignación de tareas para llevar a cabo entre sesión y sesión, cambios de temperatura ambiental (de frío extremo a calor dependiendo la dinámica que se está realizando), y asientos muy juntos para los participantes.

Los programas de *coaching* coercitivo hacen uso de ciertas técnicas para generar un estado de confusión emocional (presión de grupos, confesiones públicas). Este abuso es alternado con actividades orientadas a inducir un estado eufórico en los participantes.

Este método ha sido transferido al ámbito de la *mercantilización* de los sistemas procesales penales.

La necesidad era solucionar el problema de los denominados “presos sin condenas”.⁶ El contramodelo: la realización de procesos sumarísimos en los

5 La obra de Maturana que se invoca en este sentido es, principalmente, Maturana, Humberto, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*, 6ª edición, Lumen – Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1994. Sobre la errónea interpretación de la concepción de Maturana, la entrevista que le hizo al científico y filósofo chileno la revista Capital, en su edición n° 413, del 22 de enero al 18 de febrero de 2016, bajo el título: “Humberto Maturana: «No tengo nada que ver con el coaching»”, disponible en World Wide Web: <http://www.capital.cl/poder/2016/01/21/100120-humberto-maturana-no-tengo-nada-que-ver-con-el-coaching> (accedido el 22 de enero de 2016).

6 Según datos actualizados a 2014, en la Argentina hay más de 250 cárceles, en las que se aloja a alrededor de 69.000 presos; y de este total de personas detenidas un 51% están procesadas, mientras que sólo el 48% tienen condena firme. En otras palabras, más de la mitad de personas prisionizadas en la Argentina son presos sin condena, individuos privados cautelarmente de su libertad y, por ello, jurídicamente inocentes. Sobre estos datos, v. “Una mirada al interior de las cárceles argentinas”, en diario La Nación, edición del 25 de enero de 2016, disponible en World Wide Web: <http://www.lanacion.com.ar/1861899-radiografia-de-las-carceles-argentinas> (accedido el 27 de enero de 2016).

que el precio que se paga por una supuestamente imprescindible privación cautelar de la libertad (prisión preventiva) es aceptar.

Un grupo de latinoamericanos compró a la derecha más radical estadounidense el *know how* de un sistema milagroso para “obtener justicia en un corto lapso y en forma económica”.

El milagro trasunta el abandono de todos los valores del debido proceso penal (presunción de inocencia, defensa, contradictorio, prueba, debido proceso) en holocausto a la eficiencia.

La confusión ha ganado a muchos doctrinarios. Se ha entremezclado sistema acusatorio con juicios sumarísimos (incompatibles la idea de “juicio previo” como actividad estrictamente regulada por la ley, que no puede ser sustituida por un procedimiento puramente sumario sin que la garantía constitucional consagrada por el artículo 18 de la C.N. argentina se vea vulnerada⁷) y técnicas de litigación oral provenientes de la derecha más radical estadounidense. En realidad, son sistemas inquisitivos solapados, con seria afectación de los derechos y garantías individuales. Desde luego que no pretendemos pronunciarnos en contra de la simplificación, la desformalización o la ampliación de mayores “espacios” de oralidad en los procedimientos penales, ni de su –para nosotros, imprescindible– agilización. De lo aquí se trata –como veremos– es de *otra cosa*.

Volviendo al asunto del *coaching*, diremos que los ignotos reclutados, luego enviados como profetas, son personas sin experiencia en el ejercicio profesional a los que se les lava el cerebro, en forma eficaz, haciéndoles creer que se ha encontrado la solución definitiva a todos los problemas instrumentales y organizacionales del sistema adjetivo. Se convierten en diseminadores de la verdad revelada. El proceso ingresa en un *feedback* con nuevos reclutados que no advierten el engaño.

7 En este sentido, v. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 3ª edición, 2ª reimpresión, actualizada por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Lerner, Córdoba, 1986, t. II, p. 26. Ha de remarcarse, incluso, que la Constitución de la Provincia de Córdoba de 1870 –con las reformas de 1883, 1900, 1912 y 1923, pero sin la de 1949–, reforzando lo establecido en el artículo 18 de la Ley Suprema de la Nación, en su artículo 8º prescribía: “No podrán establecerse procedimientos puramente sumarios, abreviarse los términos, ni coartarse de otro modo la defensa en causas que merezcan penas *corporis* alictivas”. Esta Constitución fue reformada en 1987 y 2001.

En contra de los usos laborales actuales que abogan por los *Innovation Time Off* (ITO),⁸ este viejo modelo transcurre por no dejar tiempo para la reflexión a los embaucados.

Chomsky, mediante un dictamen preocupante, asevera: “El lavado de cerebros en libertad es más eficaz en las democracias que en las dictaduras”.⁹

Poco conocen de Filosofía del Derecho procesal penal, de su historia, sus fundamentos, sus bases conceptuales, sus instituciones. Incluso pocos se detienen a estudiar minuciosamente la concreta regulación legal de los procedimientos penales a los que critican! Hace tiempo que el Derecho procesal penal extraña a juristas decididos a indagar –en clave dogmático-jurídica– sobre los recovecos de los conjuntos normativos que disciplinan específicamente el proceso penal. Todo esto es *terra incognita*.

Ellos han sido “formados” en una técnica que ha de terminar no sólo con las viejas costumbres sino también con años de doctrina y pensamiento. Hay que borrar con el pasado y, de ese modo, con un rival difícil de combatir. Una idea acorde al ideario autoritario.

Pero, incluso, como se les ha dado un título profesional, considéranse *intelectuales*. Ergo, la necedad gana y se torna imposible un *mea culpa* acerca de su candidez ante el engaño. Seguirán hasta su muerte con la cínica idea de que están en el camino correcto.

Los nuevos adeptos convertidos al sistema son sometidos a sesiones maratónicas en donde, supuestamente, se enseña un presunto “proceso adversarial”¹⁰ pero, subliminalmente, sobre lo que se los adiestra es acerca

8 Los *Innovation Time Off* consisten en determinados tiempos libres que grandes compañías otorgan a sus empleados para estimular su creatividad y el desarrollo de sus intereses. Google, por ejemplo, es conocida en la comunidad de la tecnología por su “20 % Time”, que da a sus empleados un día por semana para seguir sus pasiones. Pero no es ésta la única empresa que ha implementado estos programas. Durante décadas, la firma 3M Corporation ha asignado el 15 % del tiempo de sus empleados para la innovación, lo que condujo a la creación de las conocidas notas amarillas autoadhesivas, entre otros productos.

9 V. Chomsky, Noam, “El lavado de cerebros en libertad es más eficaz que en las dictaduras”, disponible en World Wide Web: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=59607> (accedido el 27 de enero de 2016).

10 Para colmo de males, y en palabras de Reyna Alfaro, “...existe una utilización poco medida de la expresión [adversarial] que, por cierto, se realiza con un conocimiento poco profundo del sentido y características de un modelo procesal penal adversarial” (cfr. Reyna Alfaro, Luis Miguel, “El proceso penal: ¿acusatorio? ¿adversarial?”, en AA.VV., *El proceso penal acusatorio. Fundamentos. Funcionamiento. Cuestiones trascendentes*, Luis Miguel

de cómo *no llegar justamente al debate*, esto es, cómo eludir el debido proceso penal.¹¹ Vaya paradoja, ¿no?

Son operadores jurídicos que confunden “práctica” con “generadores de intuición” derivados de los experimentos mentales.¹²

III. Oralidad: Sí, acepto

La oralidad seduce. Cómo no va a ser así. Quién estaría dispuesto a enmudecer indefinidamente.

Oral es un término que se vincula de forma adjetiva o sustantiva con cuestiones que tienen que ver con la boca. Puede tratarse, por lo tanto, de lo creado o manifestado con esta parte del cuerpo.

Reyna Alfaro –coordinador-, Instituto Pacífico, Breña, 2015, p. 22). Y es que: “El sistema adversarial parte del presupuesto de la marcada distribución de las funciones ... [de obtención de la evidencia y presentación en juicio, acusación, juzgamiento e individualización de la pena]: la policía, los fiscales y los abogados investigan (en un contexto de *igualdad de armas*), el gran jurado –*grand jury*– acusa a partir de una recomendación de la Fiscalía y luego de la presentación de la evidencia en juicio por parte de la Fiscalía y los abogados, el Jurado decida por la inocencia o responsabilidad del acusado. El juez tendría, a partir de la identificación de responsabilidad del acusado por el Jurado, que individualizar la pena” (v. Reyna Alfaro, “El proceso penal”, p. 22). En la casi totalidad de los procesos penales latinoamericanos, la obtención de la prueba y la formulación de la acusación es tarea de un fiscal que *dirige* la investigación preliminar, lo cual parecería caracterizar al sistema como de tipo “acusatorio” (con una investigación preliminar a cargo del fiscal; la separación de las funciones de perseguir y acusar y de juzgar y punir, que son puestas a cargo de órganos distintos y autónomos entre sí; la expresa consagración de la responsabilidad del Ministerio Público en orden a la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva; y la exclusión de las potestades autónomas de investigación del tribunal, entre otros caracteres), al cual se añaden algunos rasgos adversariales que no podemos desarrollar aquí. Pero no hay posibilidad de una “contienda adversarial” entre pares, cuando uno de los contendedores es el “director” de la actividad que llevan a cabo todos los intervinientes en aquélla, pudiendo, incluso, disponer la privación cautelar de su libertad. Luego nos referiremos a esto.

- 11 Parece un tanto innecesario remarcar que el juicio oral, público, contradictorio, continuo, regido por el principio de inmediación y resuelto con la intervención de jurados populares es “...el momento más eminente de la relación procesal, porque el Fiscal y las partes se encuentran en igual situación jurídica, armados de amplios poderes de discusión y contralor, mientras el Juez tiene el pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional” (cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *Los principios fundamentales del proceso penal según el Código de Córdoba*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1942, p. 24).
- 12 V. Dennett, Daniel, *La libertad de acción*, 2ª edición, traducción de Gabriela Ventureira, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 32.

El ochenta y cinco por ciento de las profesiones requieren de la palabra como instrumento imprescindible de trabajo. El poseedor de una depurada técnica comunicativa tendrá seguramente más éxito en el campo laboral, científico, docente, social y personal. Ante la ausencia de una correcta técnica expresiva, es más que probable que el interlocutor se dé media vuelta y desaparezca o, a pesar de que nos mire fijamente a los ojos, su mente se evada a otro planeta. Los pilares de una adecuada técnica vocal son, sin duda, la claridad e inteligibilidad de las palabras, la correspondencia del volumen con la situación en la que se habla, una velocidad de emisión que permita al interlocutor seguir la conversación sin que de su cabeza salga humo, la adecuación entre el lenguaje corporal y el verbal y, finalmente, la riqueza de tonos y de léxico.

Cuando en el contexto del Derecho penal procesal clásico se alude a *oralidad* se hace referencia a la forma de los actos procesales que deben practicarse *a viva voz y sin que queden constancias escritas del contenido de las declaraciones realizadas*, y a la que ha de tener el debate, como requisito ineludible entre hecho delictuoso y sentencia condenatoria, en donde ha de garantizarse la acusación –como presupuesto del contradictorio–, la defensa –en paridad de condiciones con el órgano de la persecución–, la prueba –como método científico de llegar a una conclusión acerca de los extremos objetivo y subjetivo de la imputación delictiva– y, por último, la sentencia, como manera racional de presentar los argumentos que se desprenden de los elementos de cargo y de descargo para justificar eventualmente la represión respecto de un ciudadano.

Los beneficios de la oralidad en el procedimiento criminal han sido reconocidos y resaltados por la generalidad de la doctrina jurídica, y prácticamente no existen, en nuestra órbita cultural, códigos procesales en los que el *juicio*, en tanto núcleo principal del rito penal, no deba ser llevado a cabo en forma pública y, primordialmente, *oral*.¹³ Hace un buen número de años, Vélez Mariconde aseveraba que la eficiencia y la celeridad en el descubrimiento penal imponen el triunfo del debate oral, en razón de que éste “...es infinitamente superior al escrito porque asegura en máximo grado la *inmediación*, es decir, un contacto directo y simultáneo de los sujetos procesales con los medios de prueba en que deben basarse la discusión plena de las partes y la decisión definitiva del juzgador”.¹⁴

¿Quién podría controvertir estos asertos?

13 El C.P.P. de Buenos Aires, en su artículo 342, refiere: “El debate será oral y público”. Lo mismo prescriben el artículo 368 de la ley chaqueña, el artículo 372 de la ley cordobesa, el artículo 375 de la ley mendocina y el artículo 381 de la ley tucumana. El nuevo C.P.P. de la Nación (ley n° 27.063) consagra la oralidad del debate en su artículo 252.

14 Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, pp. 418 y 419.

Nosotros los compartimos en un todo, pues pensamos, como Lorenzo, que “...la metodología propia de un sistema oral en tanto permite el cumplimiento de los principios de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad”, y que el método de la audiencia oral “...genera un entorno en el cual la transmisión de información relevante y la interacción y posibilidad de contradicción de las partes frente al juez prima por sobre la burocracia y la formalidad”.¹⁵

Ahora bien, los precursores del nuevo modelo que procuramos presentar en este texto, con indisimulables rasgos inquisitivos, cubierto bajo la pomposa denominación “proceso adversarial”, cuando aluden a *oralidad* prestan atención esencialmente a la falta de constancia escrita de los hechos investigados respecto de una persona concreta y la existencia de audiencias orales en los primeros momentos de la investigación penal preparatoria destinadas a resolver el proceso sin necesidad de debate.

En síntesis: el sistema que se quiere imponer parte de una contradicción esencial. Pretende, a toda costa, suplantar la oralidad del debate en el juicio común por un conjunto de audiencias sumarísimas, al comienzo del procedimiento de investigación destinada a imponer una condena *ab initio* o medidas paliativas (*sit venia verbis*), impidiendo el desarrollo de lo que es un debido proceso penal.

Para quienes han introyectado los valores a defenderse en un proceso penal, el debate –como fase esencial del juicio y *prima ratio*– ha de hacerse en forma oral, sino que al mismo tiempo que garantiza a la sociedad el cumplimiento de los caracteres del principio republicano de control de los actos de gobierno. Y esto último es importante: puesto que en el proceso penal no queremos inocentes presos ni culpables libres (aunque esta última situación es mucho más aceptable que la primera), no podemos suprimir la dialéctica del juicio común sin correr el riesgo de basar una condena en el error judicial (cuando el imputado, sea por el motivo que sea, busca justamente ese resultado).

El nuevo sistema que pretenden imponer prevé al debate oral como *ultima ratio*. Previo al mismo, existe un conjunto de audiencias. Entre ellas sobresalen las relacionadas con *medidas cautelares*, *aplicación de criterios de oportunidad*, *suspensión condicional del proceso*, *conciliación*, *proceso abreviado* y *exclusiones probatorias*. Se destacan las audiencias *multipropósito* en las que se intenta cerrar el proceso en los primeros momentos de la investigación por medios alternativos al juicio penal (segunda etapa del proceso). Las únicas audiencias

15 V. Lorenzo, Leticia, “Capacitación en oralidad. Desafíos y límites para la mejora en la gestión del sistema”, en *Revista de Derecho Penal*, año II, n° 5, Julio de 2013, Ediciones Infojus, Buenos Aires, pp. 477 y 478.

vinculadas con la seria posibilidad de que exista un debate son las de *control de la acusación* y de *presentación del caso*.

La audiencia de *medidas cautelares*, sin perjuicio de las diferentes aristas que puede adquirir en cada país del orbe, tiende a imponer una restricción a la libertad personal que, aunque se intente disimular, *en los procesos en que el arribo a la sentencia de condena definitiva y firme absorbe tiempos muy dilatados*, no es más que un adelanto fáctico de la pena privativa de la libertad que eventualmente puede producirse como producto de una sentencia condenatoria ratificada por una instancia superior (teoría del doble conforme). Aquí es donde se puede observar “debajo del agua” los motivos de este tipo de procedimientos “novedosos”.¹⁶ La idea es evitar que la privación de la libertad se-

- 16 Proponemos la agudización del intelecto para intentar esta “lectura *entre líneas*”, porque, visto superficial o distraídamente, el discurso de justificación de estos nuevos modelos “adversariales” resulta *seductor*, e incluso plausible. Repárese, a modo de ejemplo, en las siguientes consideraciones que lleva a cabo el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (C.E.J.A.): “...la audiencia es una metodología para la producción de información relevante y, a la vez, un método para que los jueces tomen decisiones judiciales. Un objetivo central de la reforma procesal penal en América Latina, fue la introducción de procesos orales (audiencias) en reemplazo de sistemas escritos. El paradigma de este cambio ha estado constituido por la **instauración del juicio oral, público y contradictorio como centro de los nuevos procesos penales**. Como se aprecia, la audiencia que proviene de esta reforma es un formato en el cual las partes ponen en conocimiento del juez, información relevante para que éste resuelva. De acuerdo con los criterios de los procesos de reforma, se pretende que esta metodología permita la producción de información de alta calidad –en la medida en que haya contradictoriedad y publicidad en la audiencia–, y que **el juez presencie el debate para estar en mejores condiciones para adoptar decisiones judiciales de alta calidad**. En el caso de las audiencias previas al juicio, la idea es exactamente la misma: que sean un método para producir información de calidad, con contradicción y publicidad. En particular, la audiencia en la que se discute una medida cautelar debe tener por finalidad que las partes realicen un ejercicio argumentativo sobre la discusión del caso, y discutan la procedencia de aplicar o no una determinada medida cautelar” (cfr. AA.VV., *Manual de Servicios de Antelación al Juicio. Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares en materia penal*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, C.E.J.A., Chile, 2011, p. 8, con negritas nuestras). Para nosotros, resulta difícil hallar quienes se opongan a finalidades tan encomiables como éstas, vinculadas con la colocación del juicio oral, público y contradictorio “en el centro” de la actividad procesal necesaria para la resolución de un caso penal, como así también con la posibilidad de que las partes controviertan en un plano de igualdad, oralmente y una audiencia regida por el principio de inmediatez, acerca de la eventual necesidad de privar preventivamente de la libertad al imputado, con fines cautelares. ¡Por supuesto que estamos de acuerdo con esto! Empero, la doctrina jurídica, la academia e incluso el jurista práctico, en tanto encargados de reflexionar sobre la configuración de los procesos penales en tanto herramientas para resolver los conflictos sociales en forma eficaz y respetuosa de los derechos individuales, deben escudriñar si determinados discursos de justificación de una cierta alternativa no “en-

mánticamente se traduzca a prisión preventiva. Es por eso que se promueve audiencias multipropósitos (entre los que estarían las medidas de coerción personal) a fin de que la transmutación de la restricción a la libertad sea en condena de prisión. Una vulgar estratagema.

Los criterios de oportunidad (insignificancia, conciliación, *poena naturalis*, etc.) brillan por su ausencia en la posibilidad de disponer de la acción penal pública. No se los emplea, pues, como útiles herramientas para una posible racionalización del funcionamiento de la administración de justicia penal a partir de una juiciosa distribución de sus recursos materiales humanos, que procure destinarlos, en forma primera, a la persecución penal, juzgamiento y castigo de los delitos que afectan los bienes jurídicos más relevantes o que ofenden intereses jurídicos de la comunidad o de un número indeterminado de personas, para hacerlo recién luego respecto de las infracciones “menos relevantes”.¹⁷

La última opción se funda en una errónea interpretación del artículo 71 del Código Penal de la Nación Argentina, en cuanto establece: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1. Las que dependieren de instancia privada; 2. Las acciones privadas”. Se dice que

cubren” finalidades espurias –ora por no haber sido advertidas por sus mentores o promotores, ora por no haber sido explicitadas por ellos en virtud de una taimada decisión de ocultar lo que resulta inconveniente *sacar a la luz*- o se plasman en la práctica con resultados muy distintos a los esperados.

- 17 Según Cafferata Nores, una de las “...frustraciones prácticas del principio de legalidad deriva de la *imposibilidad material* del aparato judicial para dar tratamiento a todos los delitos que a él ingresan, [...como consecuencia] de la *desproporción* entre el número de estos y el de órganos públicos encargados de su investigación y juzgamiento. Ello determina, necesariamente, la aparición de criterios de selección por *priorización* de tratamiento (que obedecerá a razones diversas, no siempre racionales), que incluyen desde las causas en donde el acusado está privado de su libertad, hasta la necesidad de presentar los informes estadísticos de trabajo, y excluyen desde los delitos leves, hasta los difíciles de investigar. Y como consecuencia de aquella insuficiencia de medios, lo que no se trata prioritariamente, *no se trata nunca*. El reflejo estadístico de esta situación suele mostrar una realidad perversa, porque como no se puede tratar todo, como lo que llega al sistema no puede ser totalmente investigado, juzgado y eventualmente sancionado, como hay una impotencia de los órganos públicos para dar abasto frente a este número de delitos, el referido procedimiento de selección por parte de los órganos públicos se orienta hacia un fenómeno de *priorización inversa*: en lugar de afectar los recursos –insuficientes pero existentes- a la investigación, juzgamiento y eventual castigo de los delitos más graves o de mayor interés público, el sistema judicial afecta la mayor parte de sus esfuerzos a tratar los más leves” (cfr. Cafferata Nores, José I., “El principio de oportunidad en el Derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, en Nueva Doctrina Penal, 1996/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 10 y 11).

la disposición legal obliga la promoción y ejercicio de la acción penal pública en *todos* los casos. Es, como acabamos de señalar, una interpretación que no compartimos, en virtud de argumentos que pasamos a exponer. En primer lugar, conviene mencionar razones de carácter semántico-sintáctico. La manda establece que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales que no sean públicas promovibles a instancia de parte o privadas. Del hecho que se ponga en cabeza de un órgano público predispuesto la obligación de iniciar las acciones penales, descartando toda necesidad de denuncia, querrela o acusación por parte del particular ofendido e impidiendo las conductas obstructivas a la actividad persecutoria estatal, no se deriva lógicamente que éste también tenga la obligación de perseguir sin excepción todos los hechos que sean de acción pública. La norma expresa elípticamente a *quién le corresponde iniciar la acción, pero no que en todo caso esa acción sea iniciada*; de otra forma, expresa el *principio de oficiosidad*, pero de ningún modo el de legalidad procesal. Este artículo 71, entonces, prohíbe a los particulares, poniendo en cabeza del Estado, el ejercicio de la acción penal pública promovible de oficio. De que la norma hace mella en el sujeto encargado de promover y ejercer la acción –y no en el carácter exhaustivo en la persecución– no dejan dudas, tanto el título XI del Libro Primero del Código Penal de la Nación Argentina, cuya denominación es “Del ejercicio de las acciones”, como el tenor de los artículos 72 a 76 que se refieren a quienes tienen la atribución de iniciar la acción, remover obstáculos (art. 72 C.P. de la Nación Argentina) o constituirse en persecutores privados (arts. 73 a 76 C.P. de la Nación Argentina). En todo caso, lo que podría suponerse es que la norma establece el deber del Estado de endilgarle a algún órgano de carácter público la función expuesta, pero en ningún caso la imposible tarea de iniciar acción por todo delito que se cometa. El trecho entre una y otra afirmación es demasiado amplio. Pero existe, además, leyes metalógicas que impedirían a la norma del artículo 72 del Código Penal de nuestro país tener el alcance que pretenden quienes la consideran consagratoria del principio de indisponibilidad de la acción penal fundada en criterios de oportunidad. Como es sabido, la Ley de Hume, compatible con el apotegma kantiano “debe [deóntico] implica puede [fáctico]”, afirma que no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas; ni a la inversa. Sin embargo, si bien es imposible derivar de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas, hay un solo caso en el que resultan pertinentes: cuando argumentan no sólo la no realización, sino la irrealizabilidad empírica del fin indicado como justificador. Es por todos conocidos que la denominada “cifra negra” ha dado por tierra con todo intento de acreditar en la práctica la realizabilidad del principio de legalidad procesal. Luego, entonces, para evitar presumir la inconsecuencia en el discurso legislativo, y a fin de mantener como principio inconcuso que la interpretación

de las leyes debe hacerse siempre adoptando como verdadero el sentido que las concilie y las deje a todas con valor, no puede darse a la regla el alcance que se le ha dado hasta hoy. Súmase a esto que, si el artículo 72 receptara la legalidad procesal, vulneraría el principio de prohibición de exceso, derivado del Estado de Derecho, según el cual el Derecho penal es *extrema ratio* dentro del sistema. Asimismo, es dudosa la recepción en dicho artículo del carácter adosado a la acción pública promovible de oficio, denominado indivisibilidad. Las regulaciones que receptan el principio de oportunidad no hacen más que cumplir con el principio según el cual los conflictos sociales deben tratar de resolverse por otros medios diferentes al Derecho penal, quedando éste con carácter residual, ante la falta de otro remedio. Es el caso de solución víctima-victimario, insignificancia del hecho o de la participación delictiva. En lo que respecta a evitar imponer pena en el caso de delitos patrimoniales sin grave ofensa física como en el de la *poena naturalis*, no hacen más que receptar el principio de racionalidad de la pena.

En lugar del principio de oportunidad, la incapacidad del sistema de absorber la totalidad de las causas que llegan a su sede para ser investigadas, juzgadas y eventualmente penadas, da lugar a un *informal mecanismo de selección de los procesos a los que se da trámite* –y esquivan, así, el purgatorio que precederá a su deceso a través de la prescripción–, en el que la “natural” delegación de expedientes en las oficinas judiciales conduce a que, no ya el fiscal de instrucción, sino sólo un empleado suyo decida, en base a criterios que no resultan explicitados y es imposible objetar, decida cuáles causas serán tratadas y cuáles no.

Y, a su vez, se propone un infantil programa de aliento a la víctima como placebo. El *efecto placebo* es el conjunto de efectos sobre la salud que produce un acto médico (o, en general, cualquier acto con intención terapéutica) y que no se deben al efecto específico de dicho acto médico. En el sistema promocionado transcurre, en muchos casos, por una “cartita” en donde se le pide disculpa al sujeto pasivo del hecho delictuoso y por las deficiencias del Estado.

En lo que respecta a los imputados, normalmente se encuentran privados de la libertad.¹⁸ En estas condiciones, el sujeto carece de consentimiento libre.

18 Esto sucede, principalmente, en relación con los que podríamos denominar “delitos tradicionales” (hurtos, robos, lesiones, daño, etc.) y que son torpemente cometidos por personas sorprendidas en flagrancia. Distinta es la situación en los procesos por delitos económicos, en los que el ideal del imputado en libertad durante la instrucción (etapa preparatoria o investigación penal preparatoria) tiene mayor capacidad de realización en el ámbito adjetivo económico. La mayoría de figuras delictivas comprendidas en el ámbito penal económico se encuentra sancionada con penas privativas de la libertad por las cuales procede *prima facie* la condenación condicional y, consecuentemente, au-

El órgano público predispuesto encargado de la investigación se aprovecha de esa situación y el precio que se paga como rescate, para obtener la libertad, es reconocerse culpable de un hecho y asumir lisa y llanamente la responsabilidad.

Sin perjuicio de todo cuanto hemos anotado, conviene subrayar que, en algunos casos, que lamentablemente no parecen la mayoría, las audiencias “multipropósito” culminan en la implementación de saludables mecanismos de resolución alternativa del conflicto, tales como, por ejemplo, la suspensión del juicio a prueba (art. 76 y ss. del C.P. de la Nación Argentina). Esta permite al imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años lograr la extinción de la acción penal que nace del delito que se le atribuye, cuando ofrece hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, paga el mínimo de la multa correspondiente –si la hubiere–, abandona en favor del estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena y cumple las reglas de conducta que le fija el tribunal durante un lapso de entre uno y tres años (arts. 76 bis y 76 ter del C.P. de la Nación Argentina). No obstante, como señalamos más arriba, no es ésta la alternativa en la que decantan la gran mayoría de las audiencias a las que nos venimos refiriendo.

IV. Delitos que encuentran solución: Alegando la propia torpeza

En este museo de grandes novedades, los marginados ven incrementada la persecución en su contra en un procedimiento monstruoso. Cada reducción de formalidades, cada sintetización del procedimiento, cada eliminación de fases, sólo incide en aquellos más desvalidos frente a la violencia organizada del Estado.

torizan el mantenimiento de la libertad del sometido a proceso penal o, eventualmente, su recuperación. Por otro lado, en los casos que superan la barrera de procedencia de aquella institución, el escaso *strepitus fori* que alcanzan permite la utilización de instrumentos de aseguramiento del proceso distintos a la restricción de la libertad individual. Buenas razones concurren para que aseveremos la presencia –en el espacio penal económico adjetivo– de un “principio de excepcionalidad de la privación cautelar de la libertad”. Sobre esto, v. Arocena, Gustavo A. – Balcarce, Fabián I., “Derecho penal económico procesal”, en Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), p. 17 y ss. y 27 y ss., disponible en World Wide Web: <http://www.ciidpe.com.ar/?p=168> (accedido el 18 de febrero de 2016); los mismos, “Bases y puntos de partida para la construcción de un Derecho penal económico procesal”, en AA.VV., *El proceso penal acusatorio. Fundamentos. Funcionamiento. Cuestiones trascendentes*, Luis Miguel Reyna Alfaro (coordinador), Instituto Pacífico, Breña, 2015, p. 340.

Llama la atención que muchos de los promotores de las reformas procesales que se postulan en nuestro entorno jurídico, más que inquietarse por la alarmante selectividad de las administraciones de justicia penal (*criminalización secundaria*) –que se abalanzan casi excluyentemente sobre hombres jóvenes, solteros, con escasa instrucción, desocupados y sin capacitación laboral, que cometen torpemente delitos contra la propiedad, en su mayoría, robos, hurtos o conatos de estos ilícitos, y que están emplazados en el grupo de la población pobre o indigente¹⁹–, se empeñan en pergeñar instrumentos “eficaces” para la más rápida condena de este arquetipo de delincuente desmañado. Nadie se detiene a reflexionar en que las exigencias propias de la dogmática jurídica penal adjetiva vinculada con la persecución, juzgamiento y castigo de los delitos “no tradicionales” (delitos económicos, delitos ambientales, terrorismo, etc.) reclaman, como forma de revertir la selectividad del sistema antes denunciada y de evitar que el Derecho penal “periférico” se consolide como puro Derecho penal simbólico, una flexibilización de las notas determinantes de la tradicional noción de imputado o, al menos, de la configuración de su particular estatuto jurídico. Las características criminológicas del delincuente económico –capacidad de seducción (ausencia de estigmatización del delincuente de cuello blanco), origen cultural común con el acusador y el juez, estatus profesional, limitado reproche moral por parte de la sociedad, etc.– se erigen en condicionantes importantes del conjunto de derechos y garantías que tutelan a la persona penalmente perseguida. Así, por ejemplo, la defensa material, en este ámbito, suele canalizarse a través de un discurso sofisticado, que dificulta una apropiada evacuación de citas, cuando no la imposibilidad de llevar a cabo la misma. No pocas veces, el imputado en procesos penales económicos, en su descargo, alude subliminalmente a las eventuales consecuencias nefastas respecto de intereses sensibles para el Estado, que derivarían de su persecución y, eventualmente, de su condena (v. gr., cierre de empresas, *lock outs*, desempleos masivos, emigración de capitales extranjeros invertidos en el país, etc.). La defensa técnica del delincuente penal económico, por ejemplo, se caracteriza por la alta idoneidad, el carácter empresarial del bufete y hasta la capacidad de influencia (*lobby*) de los letrados que asisten técnicamente y representan al penalmente perseguido. Estos elementos confluyen para determinar una exacer-

19 Para corroborar esto, con específica vinculación a la República Argentina, v. Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Penal (SNEEP), Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Subsecretaría de Política Criminal, Secretaría de Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, “Informe Anual 2014”, p. 10 y ss., disponible en World Wide Web: http://www.jus.gob.ar/media/3074134/informe_sneep_argentina_2014.pdf (accedido el 16 de febrero de 2016).

bación y un ejercicio hasta límites inimaginables de los derechos y garantías reconocidos al imputado.

Pero no: nada de esto es motivo de preocupación. Se acude a la “mágica solución” que proveen las nuevas técnicas, que se aplican principalmente a los delitos de tenencia (ni acción ni omisión), los que, desde el punto de vista procesal, se descubren, por regla, en flagrancia. Su derrotero es previsible: el descubrimiento obedece a un difuso olfato policial y tiene como base una perquisición –registro, allanamiento, requisita- la cual, normalmente, queda fuera del radio de exclusiones probatorias por aplicación de una rara teoría de legitimación de la violación de un derecho individual (libertad, intimidad, papeles privados, etc.). Las personas investigadas normalmente son los sospechosos de siempre (pertenecientes a clases marginales), cuyos ámbitos de custodia suelen estar plagados de objetos de origen dudoso. El conflicto es resuelto a través del juicio abreviado. Los derechos de estos individuos se ven devaluados mucho antes de que empiecen a cumplir la pena.²⁰ El proceso es mera apariencia.

Conforme sostuvo un filósofo ocurrente, es como el botón para cerrar la puerta de un ascensor moderno: uno cree que apretándolo aquella se cierra; sin embargo, la misma tiene un mecanismo que la satura mecánicamente.

La *flagrancia* es el motor de este aberrante sistema. Ha de recordarse que ésta se configura cuando el sujeto es encontrado en el momento de cometer el hecho delictuoso o inmediatamente después, mientras es perseguido por el clamor público, la fuerza pública o la víctima, o tiene objetos o presenta rasgos que demuestran indubitablemente que acaban de intervenir en un delito.

Lo cierto es que para garantizar la privación de la libertad característica de este sistema, se extiende el concepto de flagrancia hasta límites inimaginables. Hemos visto en casos en Latinoamérica en donde el encuentro de rasgos sobre las personas después de varios meses ha sido tomado como *in flagranti*, olvidándose de los vocablos importante “cuando comete el hecho” o “inmediatamente después”. De otro modo, durante la ejecución o consumación del hecho o, sin solución de continuidad, escasos momentos posteriores.

Los efectos contraproducentes de este pobre esquema procesal penal se hacen ver. Se produce una estupidización de los sistemas investigativos ya precarios por naturaleza en Latinoamérica.

20 V. Rivera Beiras, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 374 y ss.; Balcarce, Fabián I., Fabián, “Derecho penal de los marginados. Líneas de Política criminal argentina”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 122, mayo – agosto, UNAM, México, 2008, pp. 597 y ss.

V. Litigación: *Of course*

Se enseñan una serie de “habilidades” destinadas a desarrollarlas en un debate que, por la ya expuesto, se ha convertido en arqueología jurídica. La *contradictio in terminis* salta la vista. Se enseñan supuestas técnicas de litigación oral para desarrollar en un debate que... rarísima vez se lleva adelante.

Si uno tuviera que analizar lo esencial de la *peccata minuta* del programa de enseñanza, en realidad, dos son sus pilares, a saber: el contrainterrogatorio y las preguntas sugestivas y cerradas. El primero consiste en un interrogatorio que es ejecutado por la parte adversaria a la que presentó o llevó a juicio al testigo, y que tiene como propósito esencial la sustracción de información desfavorable al testigo y la desacreditación de declaración: busca, en definitiva, refutar en todo o en parte el testimonio entregado oralmente en una audiencia por determinada persona. A su vez, las preguntas sugestivas son aquellas que –en su propia formulación– llevan insinuada la respuesta, sugiriéndola al declarante, mientras que las preguntas cerradas son las que contienen alternativas de respuestas previamente delimitadas.

Con enjundia, la doctrina jurídica argumenta: “Así como el testigo habrá de ser generalmente «amigable» por empatía con la parte que lo ha ofrecido, por las razones que hemos señalado más arriba; será incompatible con respecto a la parte contraria de la que lo ha ofrecido, pues ésta, a la inversa procurará al contrainterrogarlo demostrar por todos los medios a su alcance, que su persona y su declaración no son creíbles, en consecuencia será un testigo hostil al momento de ser contraexaminado. Por esta razón en el contrainterrogatorio siempre pueden utilizarse las preguntas sugestivas, a fin de que a través este medio el abogado pueda confrontarlo con sus propios dichos o bien con la otra versión, neutralizando su falta de predisposición o reticencia a colaborar con las respuestas. Las preguntas sugestivas están universalmente permitidas en el contrainterrogatorio en todos los sistemas y legislaciones de sistemas acusatorios adversariales, por ser precisamente, consustanciales al mismo. Ocioso sería citar legislaciones y doctrina, todas son uniformes en esto, incluso en todos los nuevos digestos procesales penales que han adoptado el sistema en Latinoamérica”.²¹

Para nosotros, esta agresiva indagación de un órgano de prueba, cualquiera sea la parte que lo haya ofrecido para el proceso, resulta injustificada ante la

21 Cfr. Jauchen, Eduardo M., “El contrainterrogatorio”, en Profesor Eduardo Jauchen Blog, entrada del 09/10/2012, disponible en World Wide Web: http://jauchenasociados.com.ar/wblogs/index.php?acc=ficha&idart=89627#.VsZNGf_SkqQ (accedido el 19 de febrero de 2016).

vigencia del deber de veracidad del testigo consagrado y garantizado en forma inconcusa y categórica por las normas de los códigos penales que –a título de *falso testimonio*– castigan la infracción a las expectativas normativas surgidas del especial rol de este órgano de prueba (v. gr., arts. 275 y 276 C.P. de la Nación Argentina), y se inspira, más que todo, en una “lógica bélica” del proceso penal.

Una anécdota podrá ilustrar a qué nos referimos mediante una expresión: dictando una conferencia en un país de nuestra querida América Latina, en un panel que compartíamos con un epistemólogo y un *iusprocesalista* penal, éste último nos inquirió: “Cuál es, estimados doctores, el fin del proceso penal?”. Casi a coro, nuestro compañero epistemólogo y nosotros, con las particularidades de cada uno de nuestras características discursivas técnicas, respondimos: “Esclarecer la verdad sobre los extremos objetivos y subjetivos de una imputación jurídico-penal”, o sea, la reconstrucción conceptual y la acreditación de un acontecimiento histórico supuestamente configurativo de delito.²² Nuestro interlocutor nos miró fijamente y con indisimulablemente fingida sorpresa, para luego sentenciar: “No. La finalidad del proceso penal es... *ganar*”.

Seguramente habrá quien quiera interpretar que denostamos las técnicas de litigación. Se equivocan. Lo dijimos ya en algún pasaje de este texto: queremos (no sólo nosotros; también... los ordenamientos constitucionales !!!) la *vigencia plena de la oralidad en el proceso penal*, pero la postulamos como una característica central y definitoria del *debate*, en tanto fase esencial e indispensable para la celebración de la única actividad procesal que permite –cuando se dan los presupuestos para ello– el dictado de una sentencia condenatoria. No como una herramienta que habilita llevar a cabo un tal debate, en el que se respeten los principios de publicidad, inmediatez y participación de jurados populares, entre otros. También para el eficaz contralor de las me-

22 No cabía extendernos en esa oportunidad. Pero podríamos haber añadido que el pronunciamiento definitivo acerca del descubrimiento de la verdad sobre la imputación de los extremos objetivos y subjetivos de una imputación jurídico-penal, recién podrá llevar a cabo tras la realización del mencionado debate oral y público que se caracteriza por una recepción de las pruebas “personales” a través de una participación absolutamente protagónica de las partes, y una intervención “residual” de los jueces, en tanto terceros imparciales: los testigos, peritos e intérpretes son interrogados primeramente por la parte que los propuso (arg. art. 393 C.P.P. de Córdoba) y luego por las restantes partes, en un *cross examination* que sólo habilita la intromisión del órgano jurisdiccional con posterioridad a los interrogatorios de las partes y en la medida en que se “estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración” (arg. art. 396 C.P.P. de Córdoba). Y este protocolo acreditativo responde, sin lugar a dudas, a la pretensión de *lograr la mayor capacidad de rendimiento y fiabilidad de los órganos de prueba*, así como también la máxima imparcialidad del tribunal.

didadas limitativas de la libertad personal del imputado. Pero no, reiteramos, como expediente para obstaculizar la *pronta* celebración del “verdadero” juicio oral y público.

Es curioso lo que son las “modas”, no? Antes era un insoslayable *trending topic* en el ámbito de los procesalistas penales, la reclamación de un necesario *fair trial* como requisito insustituible para el castigo de una persona como culpable de un delito; ahora, en cambio, proponen herramientas que, de una y mil maneras, parecieran dirigirse a la evitación de ese juicio justo y regido por las perennes notas de oralidad, publicidad, inmediación, contradictorio y defensa.

Tampoco ha de interpretarse todo cuanto hemos expresado, como una *execratio* de la resolución temprana del conflicto social que reside en la base del caso penal, en forma previa a la celebración del juicio. Se trata, simplemente, de rescatar el valor y protagonismo del debate oral y público en el desarrollo del procedimiento penal; de agilizar, simplificar y desformalizar todo el trámite previo y preparatorio del mismo; y de reservar aquellos mecanismos alternativos para los casos de *recomposición del problema delictivo por medio de la genuina y libre de los involucrados en el conflicto*.

VI. Adversarial: Goliath contra David

Con arreglo al artículo 8, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –de jerarquía constitucional por virtud del artículo 75, inciso 22, de la C.N. argentina–, durante el proceso, toda persona tiene derecho, *en plena igualdad*, a determinadas garantías mínimas, entre las que se encuentra, por ejemplo, la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (inc. c).

Es lo que la doctrina procesal penal ha dado en llamar “principio de *paridad de armas*”, conforme el cual –en lo que aquí interesa, y expresado de manera sintética– el acusador y el acusado deben contar con *facultades procesales equivalentes para incidir en la resolución del caso*.

Esta máxima, en lo que a la etapa de investigación preliminar se refiere, no tiene vigencia efectiva alguna, pues el fiscal es quien dirige la investigación (arg. art. 75 C.P.P. de Córdoba) y, por ello, quien reúne las pruebas útiles para dar base a la acusación, quien *obtiene la prueba y la tiene a su disposición*. Súmase a esto que es también el fiscal quien decide si practicará o rechazará las diligencias probatorias propuestas por las partes, según que las considere o no pertinentes y útiles (arg. art. 335 C.P.P. de Córdoba); para que se entienda: es una parte en sentido formal, el fiscal, quien resuelve acerca de la eventual

introducción al proceso de la prueba ofrecida por su “adversario” procesal. No parece, pues, una situación de mucha paridad de armas. Más todavía si a aquella parte –el fiscal– se le confieren facultades para ...encarcelar a la otra –el imputado–, como una forma de preservar los fines del proceso.²³

Maier afirma: “El procedimiento de construcción de la verdad procesal es, durante la instrucción preliminar, un procedimiento básicamente autoritario, cualquiera que sea la autoridad que lo preside o dirige (juez de instrucción o fiscal): no sólo es una autoridad estatal la que reconstruye el proceso histórico que conforma su objeto, en principio sin ingreso al procedimiento de los diversos intereses y puntos de vista inmiscuidos en el caso (sin debate), sino que, además, el procedimiento así cumplido obedece al fin principal de recolectar información para lograr la decisión del Estado acerca del enjuiciamiento de una persona”.²⁴

VII. Proceso: Indebido

Como consecuencia de todo cuanto hemos anotado, el principio de proceso previo (*nulla poena sine processu*), consagrado por el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina²⁵ termina minando los caracteres que lo convierten en el “debido proceso” que pretende el ordenamiento constitucional.

Es sabido que, para la imposición de la pena por la comisión responsable de un hecho delictivo, es necesaria la previa realización de un procedimiento jurídico previo, que sea “...acorde con las seguridades individuales y formas que postula la misma ley suprema (juez natural, inviolabilidad de la defensa, tratamiento del imputado como inocente, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar, juicio público a decidir por jurados en la misma provincia en que se cometió el delito), al regular de esta manera las pautas principales a las

23 Existen leyes, como el C.P.P. de Córdoba, que le permiten resolver la “situación del imputado”, no sólo deteniéndolo por diez días (art. 336), sino incluso ordenando su prisión preventiva durante un lapso de hasta dos o tres años (art. 332 y 283, inc. 4º). Otras, más acomodadas a lo que podría llamarse un “modelo *adversarial*” –para emplear las expresiones de moda-, únicamente confieren al fiscal facultades para disponer la detención, mientras que la prisión preventiva del encartado debe el órgano público de la persecución final solicitársela al juez de garantías (p. ej., arts. 151 y 158 C.P.P. de Buenos Aires).

24 Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, pp. 578 y 579.

25 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del *proceso*”.

que deben ajustarse las leyes de enjuiciamiento penal, que ellas deben reglamentar con minuciosidad”.²⁶

Pues bien, las “técnicas” o “modelos” que hemos procurado describir aquí someramente dejar sólo la cáscara de un debido proceso, que flaquea por su escaso contenido. No hay, en estos modelos, una defensa que pueda ejercerse en un plano de igualdad respecto del imputado durante la investigación preliminar; no hay un juicio oral y público en el que se recepte la prueba en que se fundará la sentencia definitiva; y no hay jurados que se pronuncie sobre el fundamento fáctico y jurídico de la acusación, entre otras falencias que hemos denunciado.

El “debido proceso” se proyecta hacia la consolidación de una actividad sumarísima, más administrativa que penal, más constructora de sentencias condenatorias que posibilitadora del ejercicio eficaz y pleno de las facultades que el ordenamiento jurídico acuerda a las partes –principalmente, el acusado– en el proceso penal.

Y todo esto sucede, ciertamente, en relación con los “débiles”, a los cuales nuestras altísimamente selectivas administraciones de justicia penal dirigen su poder de coerción penal. Los poderosos, y los delitos que ellos cometen, difícilmente son atrapados por las redes de estos aparatos de persecución; y, cuando lo son, el proceso resulta igualmente indebido, por la torpe aplicación de un protocolo de actuación que ha sido concebido para la investigación, el juzgamiento y el castigo de los delitos “tradicionales”, cometidos torpemente, de manera flagrante, por personas con reducidísima inserción social. En estos casos, Goliath deja de ser el Estado, que se convierte en un pusilánime, desmañado e ineficaz David, que padece las interminables fintas procesales de las que se aprovecha²⁷ un delincuente de cuello blanco o azul para cuya persecución nuestras leyes de enjuiciamiento criminal y administraciones de justicia penal no están preparadas.

Conclusión: Ud. ha sido utilizado

En América Latina pareciera que se está pasando del “preso sin condena” al “condenado sin proceso”. Algunos “nuevos discursos” nos llevarán, no obs-

26 Cfr. Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, pp. 489 y 490.

27 Sin que ello le pueda ser reprochado, en tanto se lo permitan las leyes de rito penal. ¿No es hora de pensar en un Derecho procesal penal de “segunda velocidad”, para permitir la eficaz persecución penal, juzgamiento y castigo de los delitos económicos, las ilicitudes no convencionales y los hechos de terrorismo, entre otros?

tante la eventual buena fe que pueda tener quienes los promocionan, a esa lastimosa realidad.

Estimados amigos, como no los conocemos personalmente, podemos decirselo sin prurito: están siendo engañados. Y aunque no lo reconozcan explícitamente, ustedes lo saben en su interior.

Bibliografía

- AA.VV., *Manual de Servicios de Antelación al Juicio. Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares en materia penal*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, C.E.J.A., Chile, 2011.
- Arocena, Gustavo A. – Balcarce, Fabián I., “Derecho penal económico procesal”, en Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), disponible en World Wide Web: <http://www.ciidpe.com.ar/?p=168> (accedido el 18 de febrero de 2016).
- _____, “Bases y puntos de partida para la construcción de un Derecho penal económico procesal”, en AA.VV., *El proceso penal acusatorio. Fundamentos. Funcionamiento. Cuestiones trascendentes*, Luis Miguel Reyna Alfaro (coordinador), Instituto Pacífico, Breña, 2015.
- Balcarce, Fabián I., Fabián, “Derecho penal de los marginados. Líneas de Política criminal argentina”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 122, mayo – agosto, UNAM, México, 2008.
- Bulat, Tomás, *Estamos como somos. Por qué los argentinos no tenemos el país que queremos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2015.
- Cafferata Nores, José I., “El principio de oportunidad en el Derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, en Nueva Doctrina Penal, 1996/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- Chomsky, Noam, “El lavado de cerebros en libertad es más eficaz que en las dictaduras”, disponible en World Wide Web: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=59607> (accedido el 27 de enero de 2016).
- Dennett, Daniel, *La libertad de acción*, 2ª edición, traducción de Gabriela Ventureira, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Hannay, Timo, “El experimento controlado”, en AA.VV., *Este libro le hará más inteligente. Nuevos conocimientos científicos para mejorar su pensamiento*, John Brockman (editor), Paidós, Buenos Aires, 2012.
- Jauchen, Eduardo M., “El contrainterrogatorio”, en Profesor Eduardo Jauchen Blog, entrada del 09/10/2012, disponible en World Wide Web: http://jauchenasociados.com.ar/wblogs/index.php?acc=ficha&idart=89627#.VsZNGf_SkqQ (accedido el 19 de febrero de 2016).
- Lorenzo, Leticia, “Capacitación en oralidad. Desafíos y límites para la mejora en la gestión del sistema”, en Revista de Derecho Penal, año II, n° 5, Julio de 2013, Ediciones Infojus, Buenos Aires.
- Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

- Maturana, Humberto, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*, 6ª edición, Lumen – Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1994.
- , “No tengo nada que ver con el coaching”, en revista Capital, n° 413, 22 de enero al 18 de febrero de 2016, disponible en World Wide Web: <http://www.capital.cl/poder/2016/01/21/100120-humberto-maturana-no-tengo-nada-que-ver-con-el-coaching> (accedido el 22 de enero de 2016).
- Rivera Beiras, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1997.
- Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Penal (SNEEP), Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Subsecretaría de Política Criminal, Secretaría de Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, “Informe Anual 2014”, disponible en World Wide Web: http://www.jus.gob.ar/media/3074134/informe_sneep_argentina_2014.pdf (accedido el 16 de febrero de 2016).
- Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 3ª edición, 2ª reimpresión, actualizada por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Lerner, Córdoba, 1986.
- , *Los principios fundamentales del proceso penal según el Código de Córdoba*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1942.

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL MODELO PENAL ACUSATORIO: LA EXPERIENCIA PANAMEÑA

Por: Digna M. Atencio Bonilla^{1}*

Sumario: Introducción. I. Generalidades II. Los Medios de Impugnación. III. Recurso de Reconsideración. IV. Recurso de Hecho. V. Recurso de Apelación. VI. Recurso de Anulación. VII. Recurso de Casación. -. Acción de Revisión. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En los últimos cinco años hemos sido testigos de la implementación progresiva del modelo acusatorio en la administración de justicia penal que ha evidenciado que se puede realizar la tramitación de procesos en forma rápida sin menoscabar las garantías fundamentales del inculcado o acusado y de la víctima, lográndose una resolución judicial que pone fin a la causa dentro de un plazo razonable.

Ello también irradia la regulación de los medios de impugnación en el Código Procesal Penal, que es el objeto de nuestro estudio, al haberse introducido cambios sustanciales en estas figuras, particularmente en la adopción de plazos y de términos más breves -por decirlo de alguna manera- para su interposición, de forma tal que de manera ágil, eficiente y eficaz se llegue a la resolución del conflicto social que surge tras la comisión de un hecho punible, como dejó expuesto el legislador al crear la nueva ley adjetiva:

...que el debido proceso responda a las ideas lógicas de dos partes -de allí siempre su carácter dual- que contienden respecto a un mismo bien de la vida, en condiciones de plena y absoluta igualdad, ante un tercero, independiente, imparcial e imparcial, llamado Juez; la vigencia eficaz de la oralidad en los juicios que permitan procesos inspirados en la economía procesal sin que por ello se desmerite la efi-

1 * Fiscal Superior de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de la Nación. Profesora e Investigadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.

caja y la eficiencia procesal y para que de este modo se pueda combatir el terrible flagelo de la perversa morosidad judicial.²

Expresado lo anterior, procedemos al análisis de la legislación que gobierna la tramitación de los recursos, la doctrina y el desarrollo jurisprudencial, esto último en particular respecto de los recursos de anulación y casación.

I. Generalidades

En el Capítulo I, Título II, Libro II del CPP encontramos las disposiciones generales de los recursos que preceptúan lo siguiente:

1. *Impugnabilidad Objetiva.* Los autos y sentencias solo son recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley.
2. *Impugnabilidad Subjetiva.* Están legitimados para recurrir de las decisiones judiciales las partes: el imputado o procesado, la defensa técnica, la víctima, el denunciante, el querellante y el Ministerio Público.

El querellante puede recurrir las decisiones que le causen agravio independientemente del Ministerio Público.

Cuando se trate de decisiones que se producen en la fase de juicio solo pueden recurrir quienes participaron en él como partes y los terceros afectados o civilmente responsables solo pueden apelar respecto de la cuestión patrimonial.

3. *Plazos y Formas.* Los recursos se presentan en las condiciones de tiempo y en la forma que se determinan en el CPP, y se deberá indicar de manera específica y motivada los puntos impugnados de la decisión.
4. *Desistimiento.* Las partes o sus representantes pueden desistir del recurso; si la defensa está a cargo de un defensor público éste no puede desistir sin autorización expresa y escrita del imputado o el procesado.
5. *Del Recurso de Apelación.* Serán inapelables las resoluciones dictadas por el Tribunal de Juicio.
6. *Los Recursos de anulación y de casación.* Ambos proceden contra una sentencia emitida por un Tribunal de Juicio pero son excluyentes entre sí, por lo que la interposición de uno impide el otro.

2 Exposición de Motivos de la Ley 63 de 2008.

Ahora bien, seleccionado el recurso que a juicio de las partes sea el que más se ajusta a su situación jurídica, nada impide que contra una resolución judicial de las que la ley señala se formalicen ambos recursos, al expresar la norma: Si contra la sentencia emitida por un Tribunal de Juicio, alguno de los sujetos procesales interpone recurso de anulación y otro sujeto, recurso de casación, se remitirán los recursos a los respectivos tribunales. El de anulación, al Tribunal de Apelación y el de casación, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7. *Poderes y Limitaciones de los juzgadores.* El Tribunal que tiene conocimiento del recurso será competente para conocer única y exclusivamente en relación con los puntos de la decisión que han sido impugnados por las partes.

Además, se señala que los jueces que pronunciaron o concurrieron a dictar la decisión recurrida no pueden conocer del recurso ni intervenir en el conocimiento del nuevo juicio, cuando proceda.

8. *Efectos de la interposición.* La presentación del recurso suspende la ejecución de la decisión hasta tanto sea resuelto, salvo disposición en contrario.³

II. Los Medios de Impugnación

El recurso como medio es el derecho de impugnación visto en su desarrollo, en la forma que se hace valer. “Medio” significa así trámite o vehículo.⁴

El medio de impugnación es el mecanismo por el que el interviniente o sujeto procesal ejerce su derecho a recurrir la decisión que un juez o magistrado ha plasmado en un auto o sentencia.

Los recursos, según la doctrina, pueden clasificarse en:

- *ordinarios* que son aquellos que no requieren causas específicas y proceden comúnmente respecto de la generalidad de las resoluciones judiciales (Ej: apelación);
- *extraordinarios* son los que exigen causas específicas, previamente fijadas en la ley, que limitan la competencia del tribunal a-quem y proceden sólo contra determinadas resoluciones judiciales (Ej: casación).

3 Se exceptúan el recurso de apelación anunciado contra el auto que decide o resuelve las medidas cautelares personales o reales y la resolución por la que se decide que el negocio investigado no reúne los requisitos para ser considerado como caso de delincuencia organizada, pues concedido el recurso se le dará el efecto diferido.

4 Fábrega Ponce, Jorge y Guerra de Villalaz, Aura E., **Casación y Revisión**, 2ª Edición, Sistemas Jurídicos, S.A, Panamá, 2001. p. 5

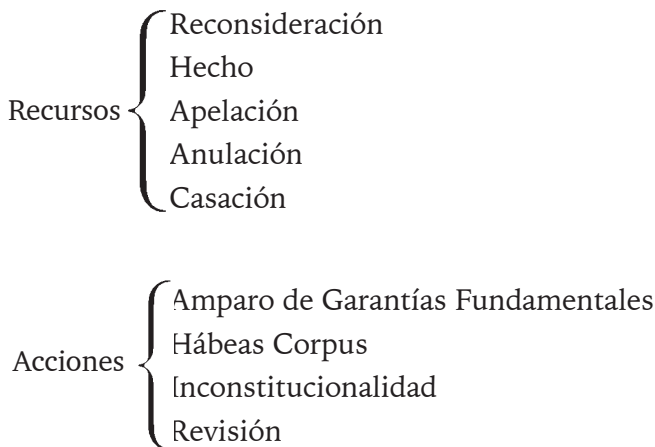
- *horizontales*: Se deciden por el mismo tribunal que profirió la resolución impugnada, como es el caso de la reconsideración, que reforma en cuanto a cuestiones accesorias.
- *verticales* cuando se deciden por el tribunal superior al que profirió la resolución recurrida, a saber, apelación, casación y anulación.

Es importante destacar que en nuestro ordenamiento jurídico el art. 165 CPP establece los siguientes recursos: 1. Reconsideración, 2. Apelación, 3. Anulación, 4. Casación, y, 5. Revisión.

Aun cuando no se lista en la norma en cita, se consagra el recurso de hecho al decir el legislador que “los tribunales estarán obligados a entregar al recurrente de hecho los elementos demostrativos que éste considere necesarios para sustentar su recurso” (art.167CPP) (subrayado es nuestro).

Por otra parte, el de revisión -como veremos en su momento- es un proceso especial por lo que no comporta un recurso si no que es una acción.

La siguiente gráfica nos ilustra el modelo de medios de impugnación en el proceso penal acusatorio:



III. Recurso de Reconsideración

Este recurso permite que el mismo Tribunal que dictó la resolución la examine nuevamente, a petición de parte, y decida lo que corresponda. Solo será admitido en los casos expresamente previstos en el CPP:

- a. Aquellas dictadas en virtud de la actividad disciplinaria (art. 66 CPP);
- b. En el procedimiento común (art. 347 CPP), contra las objeciones a pruebas al ser excluida por superflua, impertinente, inconducente o repetitiva;

- c. En decisiones producidas en el procedimiento especial contra los Diputados de la República (art. 492 CPP);
- d. El sobreseimiento dictado por el Magistrado de Garantías y en las sentencias que dicta el Pleno y la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (art. 483 CPP), cuando actúan como tribunal de única instancia.⁵

En cuanto a la oportunidad de anuncio y el trámite, se distinguen dos modalidades:

- - El recurso se interpondrá en el mismo acto de audiencia, se sustentará oralmente y se resolverá de manera inmediata; o,
- - El recurso se interpondrá dentro de los siguientes cinco días, en cuyo caso deberá acompañarse la respectiva sustentación. Este último supuesto es una excepción a la oralidad ya que se concederá un término de cinco días siguientes a la sustentación del recurso, que corren sin necesidad de providencia de traslado, para que el opositor pueda presentar su escrito de oposición. En este caso se concede al Tribunal un plazo de diez días para pronunciarse sobre la reconsideración en audiencia oral y pública que será grabada en audio y video para constancia de lo actuado.

IV. Recurso de Hecho

Los intervinientes podrán emplear este medio de impugnación cuando el Juez de Garantías o Juez Municipal⁶:

1. Deniega el recurso de apelación;
2. Si lo concedió siendo improcedente; o bien,
3. Lo otorgó con efectos no ajustados a Derecho.

Respecto al plazo y la forma, las partes podrán concurrir dentro del tercer día ante el Tribunal de alzada, con la evidencia de que le fue negado el recurso, con el propósito de que se resuelva si hubiera lugar o no al recurso y cuáles debieran ser sus efectos.

- 5 Cfr. **Manual de Capacitación Básico sobre el Sistema Penal Acusatorio**. Escuela del Ministerio Público Dra. Clara González de Behringer y ABA ROLI Panamá. S/E, Panamá p.154.
- 6 En la práctica los Tribunales Superiores de Apelaciones del Segundo y el Cuarto Distrito Judicial, a partir de una interpretación extensiva con base en el derecho a recurso y acceso a la justicia, han sostenido que la esencia del recurso es para que se utilice en alguno de los tres supuestos ya sea que la decisión provenga de un Juez de Garantías o de un Juez Municipal.

Vale destacar que los tribunales estarán obligados a entregar al recurrente de hecho los elementos demostrativos que este considere necesarios para sustentar su recurso y para decidir la causa, el Tribunal A-quem solicitará, cuando corresponda, las actuaciones del A-quo.

Si el Tribunal Superior acogiera el recurso, se dispondrá lo pertinente para imprimirle el trámite ordinario de la apelación, de lo contrario se rechazará la pretensión.

V. Recurso de Apelación

El recurso de apelación tiene por objeto el examen de la decisión dictada en primera instancia y permite al superior revocarla, reformarla o confirmarla.

De acuerdo con la ley adjetiva, son apelables las siguientes resoluciones judiciales:

- a. La sentencia dictada en juicios en el que hubiera un pronunciamiento de culpabilidad por el Jurado, únicamente en lo atinente a la pena aplicada.
- b. El auto que decide excepciones de cosa juzgada, prescripción de la acción penal o de la pena o aplicación de la amnistía o del indulto.
- c. La resolución que no admita pruebas al Fiscal por razones de ilicitud.
- d. La que niega la concesión o el beneficio de subrogados penales.
- e. El auto que rechaza la querrela.
- f. El auto que decide o resuelve las medidas cautelares personales o reales, sin suspender la ejecución de la medida.
- g. La que decreta la extinción de la acción, salvo la situación prevista en el artículo 219 de este Código.⁷
- h. La resolución del Juez de Cumplimiento en el ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 509 de este Código.
- i. La sentencia dictada por los Jueces Municipales.
- j. El auto en el que el Juez de Cumplimiento deniega la salida de la persona internada en cumplimiento de una medida de seguridad.⁸

7 Se refiere a la declaratoria de extinción de la acción penal como consecuencia del cumplimiento de las condiciones impuestas al procesado para la suspensión condicional del proceso.

8 El Juez de Cumplimiento examinará periódicamente la situación de quien sufre una medida de seguridad, fijando un plazo no mayor de seis meses entre cada examen; su decisión versará sobre la cesación o continuación de aquella, siendo apelable la denegación de salida, conforme los num. 3 y 4, art. 515 CPP.

- k. La resolución por la que se decide que no se reúnen los presupuestos para declarar que el caso es de delincuencia organizada.⁹
- l. Las resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores de Apelaciones en las acciones de hábeas corpus.¹⁰

Respecto del anuncio y tramitación del recurso, podemos manifestar que se deberá interponer oralmente en la misma audiencia donde se profiere la decisión recurrida o dentro de los dos días siguientes, por escrito, siendo concedido de inmediato, de resultar procedente.

Continuando con el trámite, el negocio es remitido al Tribunal de alzada el que, a través de la Oficina Judicial, citará a las partes a la audiencia de argumentación oral, la cual deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes.

Abierto el Acto de Audiencia, se le concede la palabra al apelante para que sustente su pretensión y se le da traslado a las otras partes para que externen su oposición.

Luego, los miembros del Tribunal se retiran a deliberar para adoptar la decisión la que será comunicada verbalmente, quedando todas las partes notificadas y de todo lo actuado quedará constancia en registro de audio y video.

Es importante señalar que la no concurrencia injustificada del recurrente a la audiencia de apelación obliga a declarar desierto el recurso.

VI. Recurso de Anulación

Es una innovación en nuestra legislación y permite a las partes afectadas recurrir contra las sentencias de los Tribunales de Juicio, las dictadas por los Jueces de Garantías y los Jueces Municipales con el objeto de anular el juicio o la sentencia.

Veamos a renglón seguido cuales son los requisitos para la tramitación del recurso:

- 9 El último párrafo del art. 3 de la Ley 121 de 2013 señala que “En el evento de que el juez correspondiente considere que no se reúnen los presupuestos para declarar el caso de delincuencia organizada, se podrá anunciar recurso de apelación, que se concederá en efecto diferido, y continuará la investigación que se realizará a través del procedimiento especial”.
- 10 El num. 6, art. 40 CPP le da competencia a la Sala Segunda de lo Penal para conocer de este recurso.

A. OPORTUNIDAD DE ANUNCIO

La anulación se interpondrá al momento de escuchar la decisión del Tribunal respectivo o dentro de los dos días siguientes y se sustentará por escrito ante el Tribunal que dictó la sentencia dentro de los diez días siguientes de la lectura de esta.

B. CONTENIDO DEL LIBELO

Señala el CPP que en el escrito de anulación se expresarán concreta y separadamente la causal aducida, los fundamentos del recurso, las normas infringidas y la solución pretendida.

Ahora bien, los Tribunales Superiores de Apelaciones a través de la jurisprudencia han dotado de contenido al recurso de anulación que es considerado un medio de impugnación técnico pero sin tanto formalismo, como lo ha indicado la jurisprudencia:

...es un medio de impugnación técnico, que sin excesivo formalismo reclama un mínimo de condiciones para su interposición; lo que permite de un lado, a la parte contraria, informarse con relativa facilidad, cuál es el reclamo alegado y así poder formular la oposición respectiva; e igualmente para que el Tribunal de Apelaciones, pueda examinar la validez del Juicio oral o la sentencia recurrida, en atención al reclamo claro y preciso”.¹¹

Un ejemplo de este desarrollo jurisprudencial se evidencia con el requisito de introducir al Tribunal de Apelaciones sobre los hechos que dan lugar al recurso, al precisar que a pesar que no lo dispone el art. 175 CPP el censor a manera de presentación inicial deberá “informar al Tribunal de manera breve sobre el hecho que originó la acusación; es decir, la fundamentación fáctica (breve relación del hecho histórico o historia concisa del caso) sobre la cual se emite la sentencia, la cual debe fijarse de manera clara y precisa, no pormenorizada ni subjetiva. Ello se impone como consecuencia lógica. El Tribunal de Apelaciones llega a la audiencia de argumentación desconociendo de qué se trata los hechos que originaron el juicio oral y su consecuente sentencia.”¹²

Expresado lo anterior, pasamos al estudio del contenido del libelo de anulación.

11 Sentencia de Anulación No. 06 de 11 de junio de 2014. Tribunal Superior de Apelaciones del Cuarto Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.

12 Sentencia de Anulación No. LS/10 de 15 de Julio de 2015. Tribunal Superior de Apelaciones del Cuarto Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.

1. La o las Causales

Son cinco las causales en las que puede sustentarse el recurso de anulación:

1.1 *Cuando la sentencia se haya dictado con omisión de uno o más de los requisitos previstos en los numerales 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 427 de este Código.*

Se trata de una sentencia en la que el o los juzgadores omiten mencionar en la sentencia uno o más de los siguientes requisitos:

- La enunciación de los hechos y de las circunstancias que hubieran sido objeto de la acusación y, cuando procede, de la pretensión de restauración.
- La determinación precisa de los hechos y circunstancias que el Tribunal estima acreditados.
- La valoración de los medios de pruebas que fundamentan sus conclusiones según las reglas de la sana crítica.
- Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias acreditados, así como la participación del acusado en aquellos cuando fuera procedente.
- La decisión de absolver o condenar a cada uno de los acusados, por cada uno de los delitos que la acusación le hubiera atribuido, así como la decisión sobre la entrega de objetos secuestrados, el comiso o su destrucción y el levantamiento de las medidas cautelares y de otra naturaleza decretadas en el curso del proceso.

1.2. *Cuando la sentencia haya sido pronunciada por un tribunal incompetente o no integrado por los jueces designados por la ley.*

Como se advierte, la causal denuncia un defecto de forma por razón de la composición del tribunal que se aparta de lo que las normas de procedimiento penal establecen.

1.3. *Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiera hecho una errónea aplicación del Derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.*

En este caso el juzgador “habiendo realizado una correcta apreciación según los juicios de la sana crítica, se equivocó o aplicó una norma sustantiva que no regula el caso”.¹³ Y también se ha dicho de esta causal que se parte del supuesto que se está conforme o de acuerdo con la valoración probatoria que hizo el Tribunal, por cuanto se tiene por sentado que los hechos están debidamente probados y acreditados, y sólo se discute que hubo una mala aplicación de la norma que resolvía el caso, o bien la aplicación de una disposi-

13 Sentencia de Anulación de 20 de septiembre de 2012. Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.

ción legal que no regula esa situación en particular, en lugar de aplicar aquella que de manera efectiva regula los hechos probados.¹⁴

1.4. Por error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba, que hubiera influido en lo dispositivo del fallo.

Nos encontramos ante una causal de naturaleza probatoria que daba lugar al recurso de casación en el sistema mixto.

Por considerarlo de interés, podemos señalar, a manera de orientación, que la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia -siguiendo la doctrina- ha explicado que el vicio de injuridicidad en esta causal se genera en tres supuestos:

- Cuando no se considera la prueba que materialmente aparece en el proceso;
- Cuando se afirma que la misma no existe a pesar que es parte integrante del expediente; o,
- Cuando se le asigna valor probatorio a un elemento de convicción que no tiene existencia material en el proceso.¹⁵

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que al aducir esta causal el censor debe acreditar la falta de apreciación de un medio de prueba existente en el proceso que tenga el suficiente peso para desvirtuar la decisión adoptada por el juzgador ya que sólo se puede conocer de errores cometidos en la tarea de valoración de los medios de pruebas, cuando el yerro sea manifiesto, veraz y trascendental, es decir, que la falta acreditada tenga la eficacia de, por sí sola, modificar lo dispositivo de la sentencia impugnada o demostrar que el juzgador debió arribar a una medida jurisdiccional distinta de la que adoptó.

Con ello se quiere indicar que el recurrente debe citar la prueba que dejó de apreciar el juez de la instancia, o bien acreditar que aquella en la que se basa el fallo no tiene existencia material en el proceso, para que prospere la causal invocada.

1.5. Por error de Derecho en la apreciación de la prueba, que hubiera influido en lo dispositivo del fallo.

14 Sentencias de Anulación de 25 de julio de 2014 y de 5 de febrero de 2016. Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.

15 Sentencia de 25 de septiembre de 2014. Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Penal. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>

Al igual que la causal anterior, existen abundantes pronunciamientos jurisprudenciales que nos informan que esta causal probatoria –la que daba lugar al recurso de casación- opera en los siguientes supuestos:

- Cuando se acepta el medio probatorio no reconocido por la ley;
- Cuando al medio probatorio reconocido por la ley se le da fuerza probatoria que la ley le niega;
- Cuando el medio probatorio reconocido por la ley se le niega valor probatorio que la ley le atribuye; y,
- Cuando se desconocen las reglas de la sana crítica al analizar el caudal probatorio.¹⁶

En estos casos, la disconformidad se centra en la forma en la que el juzgador valoró las pruebas, argumentando los recurrentes que de haber apreciado determinada prueba en otro sentido distinta hubiera sido la decisión.

Como ya se explicó en líneas que anteceden, en las causales probatorias el censor debe acreditar que el juzgador incurrió en un error manifiesto o protuberante que incidió en lo dispositivo del fallo.

2. *Los fundamentos del recurso.*

También denominados motivos, no son más que los argumentos que desarrolla el recurrente para sustentar la causal, los que deberán contener el cargo o vicio de injuridicidad, error o deficiencia que se le atribuye al juicio o la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio, el Juez de Garantías o el Juez Municipal.

La jurisprudencia señala que en este apartado del libelo no deberán incluirse apreciaciones subjetivas que son propias de alegatos de un recurso vertical de apelación sino que, en atención a la causal invocada el recurrente deberá explicar cómo el juzgador incurrió en la errada valoración de los medios probatorios practicados en el juicio oral o la falta de valoración de estos, en caso de las causales de naturaleza probatoria; o que habiendo realizado una correcta apreciación según los juicios de la sana crítica, se equivocó o aplicó una norma sustantiva que no regula el caso, según la errónea aplicación del derecho; o por qué considera que la sentencia fue pronunciada por un Tri-

16 Sentencia de 22 de octubre de 2015. Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Penal. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>

bunal incompetente; o bien, qué o cuáles requisitos fueron omitidos al momento de proferirse la sentencia.¹⁷

En otro orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia al expresar el contenido de los motivos en causales probatorias –esto es error de hecho y de derecho– fijó las siguientes pautas que nos parece oportuno tener en cuenta por el recurrente:

Conviene indicar que en lo relativo a los motivos cuando se alude a una causal probatoria, quien recurre debe ceñirse a los siguientes parámetros: 1. Precisar la pieza de convicción, que se alega erróneamente valorada (en la causal error de derecho) o inobservada (en la causal de error de hecho); 2. Señalar cómo valoró (causal de error de derecho) u omitió valorar (causal de error de hecho) el tribunal el medio probatorio; 3. En qué consiste el error de valoración. 4. Cuál es la manera como se debió haber valorado la prueba; 5. Destacando la regla de derecho infringida y 6. Demostrando cómo el error cometido influyó en lo dispositivo del fallo recurrido.¹⁸

De igual manera, se ha expresado que en esta sección del recurso el censor deberá expresar en forma clara y precisa los motivos de su disensión con el fallo impugnado:

Es obligación del recurrente desarrollar los fundamentos en los que sustenta la causal, destacando los motivos que le sirven de apoyo y sustento de manera que exponga en qué consiste el supuesto agravio o infracción cometida en el juicio. Es dable indicar que este renglón debe desarrollarse de manera coherente, sencilla y entendible en qué consiste el vicio recurrido, por tanto, en el acto de audiencia oral sólo se podrán sustentar y debatir los fundamentos expuestos en el escrito del recurso de anulación, puesto que según el primer y segundo párrafo de los artículos 178 y 175, respectivamente del Código Procesal Penal, no se podrán incorporar motivos nuevos en el acto oral”.¹⁹

17 Sentencia de Anulación de 20 de septiembre de 2012. Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.

18 Auto de 30 de noviembre de 2015. Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Penal. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>

19 Sentencia de Anulación No.H/3 de 15 de abril de 2014. Tribunal Superior de Apelaciones del Cuarto Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.

3. *Las normas infringidas*

Corresponde al recurrente citar las normas que estime violadas a consecuencia de los errores cometidos en el juicio o la sentencia, que en atención a la causal invocada podrán ser de naturaleza adjetiva (omisión de requisitos que debe contener la sentencia, las causales probatorias y falta de competencia), o sustantivas (errónea aplicación del derecho), “siendo necesario que guarden relación con los vicios endilgados en los fundamentos del recurso de anulación, explicando de manera breve y concisa la forma como se dieron las violaciones de las normas descritas”.²⁰

También se ha indicado que “es deber del recurrente citar y transcribir las disposiciones legales, tanto de naturaleza adjetivas como sustantivas, que a su juicio han sido infringidas por el juicio o la sentencia recurrida, siendo necesario que guarden relación con los vicios endilgados en los fundamentos del recurso de anulación explicando de manera breve y concisa, la forma como se dieron las violaciones de las normas descritas”.²¹

4. *La solución pretendida*

Finalmente, una vez indicada la causal, explicado los fundamentos del recurso y citadas las normas infringidas, el recurrente deberá indicar cuál es la solución pretendida: anular el juicio o la sentencia.

Es decir, el censor debe expresar en forma clara su solicitud, a saber, que se realice un nuevo juicio o que el Tribunal de Apelaciones dicte la sentencia de reemplazo, según corresponda.

C. LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO

1. *Presentación*

Junto con el libelo de anulación el recurrente deberá acompañar las copias necesarias para el traslado a las otras partes.

Corresponderá a la Oficina Judicial del Tribunal respectivo darle traslado a las partes para que en un término común de cinco días formulen oposición.

Vencido dicho plazo, dentro de las veinticuatro horas siguientes, serán remitidas las actuaciones al Tribunal Superior de Apelación para que este decida.

20 Ídem.

21 Sentencia de Anulación No. LS/10 de 15 de julio de 2015. Tribunal Superior de Apelaciones del Cuarto Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.

2. *Celebración de la Audiencia*

Una vez ingresado al Tribunal el recurso, en un plazo que no exceda cinco días, se fijará la fecha de audiencia de argumentación, la cual deberá realizarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de diez. La fecha será notificada a las partes.

La audiencia se celebra con las partes que comparezcan y sus abogados, quienes debatirán oralmente sobre el fundamento del recurso, iniciando con el recurrente y luego con las demás partes.

Los Magistrados del Tribunal Superior de Apelaciones podrán solicitar al recurrente que precise o aclare las cuestiones planteadas en el recurso.

El Tribunal deberá resolver motivadamente al concluir la audiencia o en caso de imposibilidad por la complejidad del asunto, dentro de los tres días siguientes. En este último supuesto al finalizar la audiencia se convocará a las partes para la lectura de la sentencia quedando debidamente notificadas.

3. *Decisión*

El Tribunal Superior de Apelación al decidir sobre el recurso podrá:

1. Rechazar el recurso, en cuyo caso la resolución recurrida queda confirmada.
2. Acoger el recurso, caso en el cual se ordenará la realización de un nuevo juicio, salvo cuando se acoja el recurso por la causal 3 del artículo 172²², pues de acreditarse el vicio de injuridicidad le corresponderá dictar la sentencia de reemplazo.

Es importante destacar que si el Tribunal ordena la celebración de un nuevo juicio en contra del imputado que haya sido absuelto por la sentencia recurrida, y como consecuencia de este nuevo juicio resulta absuelto, dicha sentencia no es susceptible de recurso alguno.

D. CONCURRENCIA DE CAUSALES

El recurrente, por disposición del legislador, además de invocar causales de anulación puede en el mismo libelo aducir las causales de casación descritas en los numerales 1 ó 2 del art. 181 CPP, a saber, “se hubieran infringido intereses, derechos o garantías previstos en la Constitución Política o en los trata-

22 Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiera hecho una errónea aplicación del Derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

dos y convenios internacionales ratificados en la República de Panamá y contenidos en la ley” o “Se hubieran infringido las garantías del debido proceso”.

Nos llama la atención este supuesto porque el recurso de anulación se puede interponer contra las sentencias dictadas por los Jueces Municipales, Jueces de Garantías y de Tribunal de Juicio, mientras que el recurso de casación sólo procede contra estas últimas.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal registra un proceso en el que se interpuso el recurso de anulación contra una sentencia dictada por un Juez de Garantías dentro de un proceso que culminó con un acuerdo entre las partes y se invocó adicionalmente las causales de casación contenidas en los numerales 1 y 2 del art. 181 CPP.

La Corte desestimó el conocimiento del negocio con base en los siguientes argumentos:

...la sentencia que se cuestiona vía casación corresponde a la formalización o materialización de un acuerdo voluntario pactado entre las partes, el cual de forma paralela conlleva implícito la terminación del proceso de forma anticipada, es decir, la renuncia a la forma natural del proceso que conlleva una serie de etapas previas a la emisión de la determinación o no de la responsabilidad penal, lo que de igual manera conlleva la imposibilidad de seguir gestionando ante la Jurisdicción Penal mediante la interposición de recursos que dan lugar a una segunda instancia en el proceso.

En virtud de lo expresado, la Sala estima que no es competente para asumir el conocimiento del presente recurso de anulación, pues al ser inadmisibles las causales del recurso de casación que fueron incorporadas, se da la inexistencia de concurrencia de causales, razón por la cual se devolverá la actuación al Tribunal Superior de Apelaciones de Herrera y Los Santos para que conozca del presente recurso de anulación en la forma como ha sido formalizado.²³

De lo que viene expuesto se concluye que solamente es viable alegar adicionalmente las causales de casación contenidas en los numerales 1 ó 2 del art. 181 CPP cuando la resolución impugnada es una sentencia dictada por un Tribunal de Juicio.

En otro orden de ideas, sobre el procedimiento a seguir en estos casos, la ley adjetiva señala que las oficinas judiciales deberán remitir lo actuado a la Sala

23 Auto de 4 de enero de 2014. Registro Judicial. Publicación del Órgano Judicial de la República de Panamá. Enero. 2014. p.614

Segunda de lo Penal, la que decidirá si el recurso es o no de su competencia. En caso afirmativo, la Corte asumirá el conocimiento de las causales de casación y de las previstas para el recurso de anulación, de no ser así, devolverá la actuación al Tribunal de Apelación para que conozca del recurso de anulación en la forma como ha sido formalizado.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no es cualquier reclamo el que hace viable la admisión de la concurrencia de causales.

En ese sentido, la Sala de lo Penal conoció de un recurso de anulación en el que la censora alegó la causal contenida en el num. 2 art. 181 CPP, esto es, la infracción de las garantías del debido proceso.

La Corte en la parte motiva de la resolución analizó los motivos que sustentaban la causal expresando que el reclamo estaba dirigido a que el Tribunal de Juicio tipificó la conducta desplegada por el procesado en el delito de Posesión de Drogas Agravada, previsto en el artículo 321 del Código Penal, infringiendo, a criterio de la recurrente, las garantías del debido proceso de su patrocinado, porque se emitió una sentencia con base a un tipo penal que no es de su competencia, sino que es competencia de un juzgado municipal, "... toda vez que del caudal probatorio, claramente se observa que nuestro patrocinado () fue aprehendido bajo los efectos de sustancias ilícitas, tal cual se acreditó con el examen toxicológico en su orina...".

Los Magistrados de la Sala de lo Penal concluyeron lo siguiente:

...dicha argumentación no encaja como una infracción al debido proceso, pues el reclamo está destinado a cuestionar un supuesto error por parte del tribunal al calificar el delito por el cual se ha juzgado al procesado. Se trata de un caso de indebida aplicación de la ley sustantiva al caso concreto, un supuesto error al declarar el derecho sustantivo aplicable, y no de un error referido al trámite procesal esencial, supuesto que podría dar lugar a invocar la causal relativa a la infracción de las garantías del debido proceso, habida consideración a que el tribunal no cumplió con las disposiciones que regulan el procedimiento, es decir, que no garantizó que el juicio contra una persona se surtiera dentro de un proceso tramitado con arreglo a las normas de la Constitución Política, de los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y del Código Procesal Penal (Principio de Legalidad Procesal recogido en el artículo 2), puesto que no se puede patrocinar un juzgamiento efectua-

do sobre la base de violaciones manifiestas y contundentes de los procedimientos previamente establecidos.²⁴

Por lo anterior, la Corte estimó que no era competente para asumir el conocimiento del recurso de anulación ante la inexistencia de concurrencia de causales, razón por la cual devolvió el negocio al Tribunal Superior de Apelaciones para que decidiera la causa.

E. DEFECTOS NO ESENCIALES

No serán causas de anulación los errores de la sentencia recurrida que no influyan en su parte dispositiva, sin perjuicio de que el Tribunal de Apelaciones pueda corregir los que advirtiera durante el conocimiento del recurso.

VII. Recurso de Casación

Este medio de impugnación extraordinario permite al afectado con la decisión de un Tribunal de Juicio, fundamentándose en causales taxativas enunciadas en la ley adjetiva, dar a conocer a la Sala de lo Penal los vicios de forma que se hayan generado en el proceso o errores de juicio en la decisión adoptada, a fin de que los corrija, logrando con ello la justicia del caso concreto.

Por tradición, el recurso de casación ha sido considerado como altamente técnico, partiendo desde sus orígenes en el Tribunal Francés, modelo que fue exportado a nuestras latitudes y que fue matizado a través de las reformas logrando transformarlo de un instrumento de poca o escasa utilidad a un recurso que hoy día es considerado como una garantía fundamental que asiste al recurrente para lograr la justicia en el caso concreto frente a una decisión de un tribunal de única instancia.

A. DE LOS REQUISITOS

En este apartado nos dedicaremos al examen de los requisitos que hacen viable el recurso de casación.

1. Oportunidad de anuncio, formalización y competencia

El casacionista anunciará el recurso verbalmente en la diligencia de notificación de la sentencia ante el Tribunal de Juicio y o por escrito dentro de los dos días siguientes, y dentro de los quince días siguientes al anuncio pre-

24 Auto de 8 de noviembre de 2013. Registro Judicial. Publicación del Órgano Judicial de la República de Panamá. Noviembre 2013. pp.870-871

sentará el libelo ante la Oficina Judicial, la que dará traslado a la Secretaría de la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que es la autoridad competente.

2. Contenido del Libelo

El recurso de casación se desarrolla en tres apartados, a saber, la causal, los motivos y las disposiciones y los derechos y garantías infringidos por la sentencia.

2.1. La Causal

El art. 181 CPP establece las causales que se pueden invocar en los recursos de casación que tienen que ver con vicios o defectos que se generan en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia:

2.1.1. Se hubieran infringido intereses, derechos o garantías previstos en la Constitución Política o en los tratados y convenios internacionales ratificados en la República de Panamá y contenidos en la ley.

Esta causal, tiene lugar cuando el agravio produce afectación de derechos y garantías fundamentales y de la dignidad humana, consagrados en las normativas citadas.

2.1.2. Se hubiera infringido las garantías del debido proceso.

Esta causal procede en los casos en que se haya desconocido el debido proceso, esto es, la normativa que regula el procedimiento en forma trascendental. Téngase presente que no es cualquier irregularidad del procedimiento lo que generará infracción al debido proceso. La irregularidad debe poseer una entidad relevante o trascendente, en cuanto a la afectación de la situación jurídica del recurrente, dejándolo, por ejemplo, en indefensión.

HERMOSILLA IRIARTE apunta que la garantía fundamental del debido proceso comprende a su vez una serie de derechos, todos los cuales encuentran en la actual normativa (CPP) una consagración positiva y que merecen especial mención los siguientes:

- a.- Derecho a juicio previo, oral y público, donde se respeten los principios de adversariedad, intermediación, oralidad, continuidad y concentración.
- b.- Derecho a un juez natural, establecido por ley, independiente e imparcial.
- c.- Derecho de defensa, tanto material como técnica.
- d.- Derecho del imputado a guardar silencio o a declarar como mecanismo de defensa.
- e.- Igualdad de las partes o bilateralidad de la audiencia

- f.- El estado o presunción de inocencia
- g.- Derecho a ser juzgado en un plazo razonable
- h.- Derecho a persecución penal única por los mismos hechos
- i.- Derecho a una decisión fundada.
- j.- Derecho a deducir recursos.²⁵

De producirse la infracción de alguno de estos derechos la causal en estudio sería la idónea para recurrir vía casación.

2.1.3. Cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiera hecho una errónea aplicación del Derecho, por razón de una interpretación errada o por una aplicación indebida o por violación directa de la ley.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Segunda de lo Penal esta causal contiene tres supuestos que guardan relación con la trasgresión de la ley sustantiva penal, a saber:

2.1.3.1. Interpretación errónea de la ley

Sobre esta causal, señala FIERRO MÉNDEZ que se le conoce también como “error de sentido” ya que recae sobre el sentido de la norma aplicada y se produce cuando siendo escogida la ley de forma acertada, se le da un entendimiento equivocado y por consiguiente se le hace producir efectos de los cuales carece o que le son contrarios.²⁶

La causal en comento presupone que el texto de la norma sea oscuro y es al momento en que el juzgador trata de precisar su contenido y sentido, cuando comete el yerro, al otorgarle un alcance y sentido que no se compagina con su espíritu, error que precisamente se viene a denunciar a través de esta causal.

2.1.3.2. Aplicación Indebida de la ley

Esta causal se produce cuando el tribunal, aplica una norma jurídica a un hecho no regulado en ella, produciéndose consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley.

La doctrina la denomina “error de selección de la norma” para denotar que el juzgador al momento de escoger la disposición legal que el caso reclama eli-

25 Hermosilla Iriarte, Francisco A., **Manual del Código Procesal Penal de Panamá, Primera Parte**. Unidad de Implementación del Sistema Acusatorio, Escuela Judicial. Publicación del Órgano Judicial. Panamá, 2009. p.26

26 FIERRO-MÉNDEZ., Heliodoro. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Editorial Leyer. Bogotá. D.C. 2001. p.410

ge una que no se adecua al supuesto acreditado y por tanto no aplica aquella que la situación jurídica reclama, encuadrando el hecho en la norma que no corresponde.

2.1.3.3. *Violación directa de la ley sustantiva penal*

El vicio de injuridicidad en esta causal consiste en que, aun cuando el juez haya hecho una correcta valoración de los medios probatorios que reposan en el proceso, deja de aplicar una norma jurídica que regula la situación planteada en el proceso (violación directa por omisión) o desconoce un derecho claramente reconocido en ella, es decir, que aplica la norma en forma incompleta (violación directa por comisión).

Jurisprudencia reiterada de la Corte ha sentado el criterio de que esta causal “conlleva la trasgresión directa de normas que establezcan derechos, obligaciones, delitos, penas y medidas de seguridad.”²⁷ y supone la exclusión de la trasgresión de normas adjetivas de carácter procesal.

Es decir, esta causal se genera cuando el tribunal al concluir la valoración de los medios probatorios no aplica la norma jurídica que regula la situación acreditada o bien, desconoce un derecho claramente reconocido en ella. En otras palabras, aplica una disposición legal en forma incompleta.

En estos casos el recurrente deberá tomar en cuenta al formular el motivo que el debate no se centra en la valoración o falta de apreciación de un medio probatorio, sino que estamos ante una disposición explícita que se deja de aplicar al caso concreto o se aplica desatendiendo el derecho que ella consagra.

Como se ha dejado expuesto, el art. 181 CPP contiene diversas causales y es importante destacar que el recurrente deberá seleccionar la que más se adecue a la situación jurídica que estima desfavorable lo que obedece al poder dispositivo de las partes y la prohibición de *iura novit curia*, es decir, que el juzgador no puede de oficio establecer la causal que fundamenta el recurso.

En ese sentido, en Auto de 27 de marzo de 2013²⁸ en el que se ordenó la corrección del recurso de casación se dijo lo siguiente:

“...al enunciar la causal que fundamenta el recurso la recurrente no individualiza una causal específica, sino que transcribe la totalidad

27 Auto de 4 de enero de 2001. **Registro Judicial**. Publicación del Órgano Judicial. Enero. 2001. p.356

28 Recurso de Casación dentro del proceso penal seguido a Tomás Enrique Chen sindicado por delito de concusión contra la Caja de Seguro Social. Archivo de la Secretaría de la Sala de lo Penal, Corte Suprema de Justicia.

del artículo 181 del CPP, por lo que es necesario que la casacionista escoja alguna de las contenidas en dicha norma legal y que sea congruente con los tres motivos que plantea”.

3. *Los motivos que sustentan cada causal*

Los motivos constituyen el fundamento de la causal invocada, es decir, los cargos objetivos y concretos que demuestren la injuridicidad de la resolución impugnada. Precisamente, la sustentación o fundamentación del recurso se realiza a través de los motivos.

3. *Las disposiciones legales y/o los derechos y/o garantías infringidos por la sentencia*

Como lo enuncia el título de este epígrafe, el recurso de casación deberá contener “las disposiciones y los derechos y garantías infringidos por la sentencia”.

Es importante señalar que en un recurso de casación es viable la invocación no solo de disposiciones legales como infringidas sino de preceptos constitucionales y convencionales que consagran derechos y garantías fundamentales. Así lo expresa el Auto de 9 de noviembre de 2012 al indicar que:

Ello es así en razón de la constitucionalización del proceso, lo cual encuentra sustento en la supremacía constitucional y en las características que tienen las normas constitucionales en un Estado constitucional de derecho, consistentes en que pueden y deben ser aplicadas directamente en la resolución de los casos.

Debe tenerse presente además que existe un bloque de constitucionalidad que está integrado por los Tratados y Convenios de Derechos Humanos vigentes en Panamá, tal y como lo ha venido señalando el Pleno de la Corte Suprema de Justicia desde el 21 de agosto de 2008.²⁹

B. LA FASE DE ADMISIBILIDAD

El Tribunal de Juicio remitirá el recurso de casación a la Secretaría de la Sala de lo Penal en donde se efectuará el reparto correspondiente entre los Magistrados que la integran.

29 Auto de 9 de noviembre de 2012. Archivo de la Secretaría de la Sala de lo Penal, Corte Suprema de Justicia.

Una vez adjudicado el negocio, el Magistrado Sustanciador, cuenta con un plazo de treinta días siguientes a la llegada del recurso a la Secretaría, para decidir si lo admite u ordena su corrección, decisión que dicta en Sala Unitaria.

Es importante destacar que el segundo párrafo del artículo 186 CPP establece que “en ningún caso se declarará inadmisibles un recurso de casación sin antes haberlo mandado a corregir” garantizando con ello el acceso a la justicia y el derecho a recurso.

Nos parece de suma importancia destacar que la ley enuncia taxativamente las causales de inadmisión del recurso, a saber:

1. La falta de legitimación.
2. No haberse anunciado o formalizado el recurso en tiempo.
3. Cuando la resolución no es de aquella que la ley señala.
4. Cuando se aduzcan causales no establecidas en la ley.
5. Cuando sea manifiestamente infundado.
6. Cuando se haya ordenado su corrección y no se haya corregido, o se hubiera corregido sin seguir las indicaciones puntualizadas por el sustanciador.

C. CELEBRACIÓN DE AUDIENCIA Y DECISIÓN

Una vez declarado admisible el recurso de casación, la Corte no podrá abstenerse o rehusarse a conocer el fondo de este por defectos o razones de forma o porque el negocio no sea susceptible del recurso, y deberá resolver de conformidad con lo que acredite el recurso.

Para ello se citará a audiencia de sustentación de recurso, dentro de los quince días siguientes, a la cual se cita a la Procuraduría General de la Nación así como a los no recurrentes para ejercer el derecho de contradicción exclusivamente sobre los temas materia de la demanda de casación, porque se trata de un sistema que promueve la equidad de partes –igualdad de armas- con plenitud de derechos, cargas y deberes y se garantiza “que quienes intervienen estén en la posibilidad real de expresar sus argumentos y rebatir los de la parte contraria, logrando equilibrio entre estas”.³⁰

El CPP establece que el Tribunal de Casación deberá dictar sentencia dentro de los treinta días siguientes a la realización de la audiencia, lo que no impi-

30 Cfr. Sentencia de 21 de diciembre de 2012. Archivo de la Secretaría de la Sala de lo Penal, Corte Suprema de Justicia.

de que de adoptarse la decisión al finalizar la audiencia los magistrados así lo comuniquen a las partes, lo que se denomina la cesura del fallo, y dentro del plazo establecido se profiera el fallo.

Si la Sala Penal estima procedente casar la sentencia recurrida y el sentenciado está privado de su libertad, se ordenará su inmediata libertad.

D. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA.

Como se indicó en líneas que anteceden, uno de los fines del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional. La ley adjetiva consagra éste supuesto en el art. 182 sobre la base de la causal de anulación prevista en el num. 3 art. 172 ídem³¹ cuando “respecto de la materia de Derecho objeto de éste, existieran varias interpretaciones sostenidas en diversos fallos dictados por los Tribunales Superiores”.

VIII. Acción de Revisión

En nuestra legislación la revisión está ubicada dentro del Título II, Libro II del CPP, denominado Recursos. No obstante, desde el punto estrictamente técnico procesal se le considera una acción, puesto que es un procedimiento especial por el que el afectado puede impugnar la sentencia que ha ganado firmeza e implica la reapertura del proceso: de ser probada la causal se procede a corregir el juzgamiento y, de no ser posible eso, se ordena la celebración de un juicio en única y definitiva instancia.

A. ANUNCIO Y TIPOS DE RESOLUCIONES IMPUGNABLES

La revisión puede ser interpuesta en cualquier momento, siempre y cuando la sentencia haya hecho tránsito a cosa juzgada, es decir, que no admita recurso alguno porque precluyó el término para interponerlo o porque se agotaron todos los medios de impugnación posibles.

El artículo 191CPP establece que habrá lugar a recurso de revisión contra la sentencia firme.

No se establece una categoría en atención al ente jurisdiccional que emita la resolución de lo que se desprende que puede tratarse de una sentencia proferida por un Juez de Garantía, por un Tribunal de Juicio, contra la Sentencia

31 “Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiera hecho una errónea aplicación del Derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

de la Sala de lo Penal en sede de Casación cuando se base en las causales de interpretación errada de la ley, violación directa de la ley o aplicación indebida, pues debe tenerse en cuenta que en estos tres supuestos la Corte dicta la sentencia de reemplazo y hace tránsito a cosa juzgada.

Y finalmente, contra las sentencias que dicte el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en los Procesos contra los miembros de la Asamblea Nacional (art.496CPP)

Es importante resaltar que aun cuando la ley no lo indica taxativamente, en materia de revisión no es dado recurrir contra fallos absolutorios, lo que se deduce de la frase “únicamente a favor del sancionado”.

B. CONTENIDO DEL LIBELO

El artículo 193 CPP establece cuáles son las secciones que integran el recurso de revisión:

Artículo 193. Forma. La revisión debe promoverse ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante memorial indicando la sentencia y revisión demandada, el Tribunal que la expidió, el delito que haya dado motivo a ella, la clase de sanción impuesta, la indicación de la causal o causales que la sustentan y los fundamentos de hecho y Derecho en que se apoya la solicitud. Deben acompañarse las pruebas de los hechos fundamentales o indicar las fuentes de estas.

Esto es:

1. La sentencia cuya revisión se demanda y el tribunal que la hubiere expedido.

El accionante deberá identificar plenamente la sentencia que pretende impugnar y la autoridad judicial que la expidió.

2. El delito y la clase de sanción que se hubiere impuesto.

El revisionista debe mencionar cuál fue el delito por el cual fue sancionado su poderdante o patrocinado judicial y la pena que le fue impuesta.

3. La indicación de la causal o las causales que la sustentan

Esto no es más que las causales de revisión, las que se encuentran reguladas en el artículo 191 CPP. A saber:

- 3.1. *Cuando la sentencia impugnada se haya fundado en prueba documental o testimonial, cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme o resulte evidente aun que no exista un procedimiento posterior.*

El CPP establece la libertad probatoria pues señala que los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo las limitaciones que la ley establezca, a saber, que se trate de prueba lícita que es aquella obtenida por un medio lícito y conforme a las disposiciones que la ley señala (Cfr. Art. 376-377 CPP)

Una prueba documental o testimonial que acredite hechos que son falsos se aparta de las formalidades legales e implica la comisión de un delito, de allí la exigencia de la causal al señalar que “se haya declarado en fallo posterior o firme”.

Dichas conductas se encuentran tipificadas en los siguientes artículos 366, 368 y 385 del CP.

Ahora bien, el numeral en comento faculta a la Sala a reconocer dicha circunstancia cuando “resulte evidente aunque no exista un procedimiento posterior”, lo que estará sujeto al desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

3.2. *Cuando la sentencia condenatoria haya sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito, cuya existencia se haya declarado en fallo posterior firme.*

El Prevaricato, según la doctrina, “en términos generales, se presenta cuando un servidor público emite un acto ilegal” e “implica una violación al principio de legalidad, entendido como la necesidad de que todos los actos de los empleados oficiales en el ejercicio de sus funciones correspondan a las normas jurídicas que regulan la expedición de ese acto”.³² Esta conducta se encuentra tipificada en los artículos 389 y 390 CP.

En cuanto al cohecho –denominado en nuestra legislación Corrupción de Servidores Públicos– “consiste en poner precio a un acto de la administración pública que debía ser gratuito. Se llama cohecho pasivo al delito del funcionario que se deja corromper, en oposición al acto del particular que induce a la corrupción, denominado cohecho activo”.³³ Este comportamiento se encuentra descrito en el artículo 346 CP.

Es importante destacar que sólo podrá promoverse esta causal cuando se cuente con la sentencia firme que declare la existencia del hecho punible.

32 Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos A., **Delitos contra la administración pública**, 2ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2004. p.421

33 López Bethancourt, Orlando. **Delitos en particular**, Editorial Porrúa, México D.F., 1997. pp.487-488

3.3. *Cuando después de la sentencia sobrevengan hechos nuevos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o que corresponde aplicar una norma o ley más favorable.*

Esta causal de revisión denominada por la doctrina *propter nova* permite que errores judiciales cometidos con personas acusadas y condenadas por la comisión de un hecho punible, sean absueltas, o bien, se le aplique una sanción penal menos severa, siempre que se descubran hechos que no existían en el proceso penal cuando se profirió la sentencia.

Cabe destacar que no se deben aportar pruebas que ya fueron valoradas por el juzgador, pues no revistan la calidad de piezas procesales desconocidas por el juez al momento de proferir la resolución que se pretende impugnar a través de la revisión.

En otro orden de ideas, consideramos que de la redacción de la norma se desprenden cuatro supuestos:

- *El hecho no existió.* Esto es, cuando resulte con evidencia que el hecho que motivó la investigación no ha sido ejecutado.
- *El imputado no lo cometió.* En este caso deben obtenerse pruebas que tenga la virtud de enervar el juicio de culpabilidad: por ejemplo, comprobar que el sentenciado no es el autor, coautor, instigador o partícipe del hecho punible.
- *El hecho cometido no es punible.* Se presenta cuando el juez califica como delito un hecho que no lo es: se parte del supuesto de que la declaración de los hechos efectuada por el Tribunal es correcta, esto es, que los hechos han sido bien establecidos en la sentencia y que es al calificarlos cuando el juez se equivoca, dándoles connotación delictiva cuando en realidad no la tienen.
- *Corresponde aplicar una norma o ley más favorable.* La demanda de revisión puede dirigirse a que se aplique la ley posterior al caso juzgado que quitó al hecho su carácter ilícito o bien cuando se producen cambios legislativos que establecen una pena menos rigurosa para el hecho punible.

Este último supuesto coincide con las excepciones del principio *tempus regit actum*, específicamente con la retroactividad que consagra el artículo 46 de la Constitución Política: Una nueva disposición sustantiva penal puede surtir sus efectos sobre un hecho ocurrido antes de su promulgación, con base en el principio de favorabilidad al reo que preceptúa que, en general, las leyes no tienen efecto retroactivo pero en materia criminal la Ley favorable al reo tiene siempre preferencia y retroactividad, aun cuando hubiese sentencia ejecutoriada.

Vale apuntar que este principio está desarrollado en el artículo 14 CP: “La ley favorable al imputado se aplicará retroactivamente. Este principio rige también para los sancionados aun cuando medie sentencia ejecutoriada, siempre que no hayan cumplido totalmente la pena. El reconocimiento de esta garantía se hará de oficio”.

3.4. *Cuando el acto ha dejado de ser delito o se violenta la competencia o la jurisdicción territorial.*

Sobre esta causal estimamos que se pueden deducir dos supuestos: que el acto ha dejado de ser delito, lo que obedece a un cambio legislativo, o que se violenta la competencia o la jurisdicción territorial.

3.5. *Cuando la sentencia impugnada haya ignorado pruebas que hagan evidente que el hecho imputado no se ejecutó, que el imputado no lo cometió, que el hecho cometido no es punible o que corresponde aplicar una norma o ley más favorable.*

Es un supuesto que guarda relación con un error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba que puede llevar al juzgador a infringir la norma sustantiva penal: al ignorar el medio de prueba desconoce que el hecho imputado no se ejecutó, que el imputado no lo cometió, que el hecho cometido no es punible o que corresponde aplicar una norma o ley más favorable

4. *Los Fundamentos de Hecho y de Derecho*

En esta sección del recurso se narran los hechos que dieron lugar a la sentencia recurrida vía revisión y el por qué se considera que es contraria a derecho. Es un relato objetivo en el que el revisionista da a conocer a la Corte los hechos que la sentencia dio probados y qué la hace contraria a derecho.

5. *Las Pruebas*

El artículo 193 CPP establece en su párrafo final que junto con el memorial se acompañaran las pruebas de los hechos fundamentales o se deberá indicar las fuentes de estas.

Así, cada causal, como se expresó anteriormente, tiene un medio probatorio que la sustenta y es necesario que se aporte con el libelo de revisión.

Debe tenerse en cuenta que las pruebas deben ser presentadas debidamente autenticadas para que tengan validez.

C. PROCEDIMIENTO

1. *La Fase de Admisibilidad*

La revisión debe promoverse ante la Secretaría de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en donde por reglas de reparto será asignada al magistrado sustanciador quien una vez analizado el libelo y acreditado que cumple con las formalidades legales supra citadas, dictará el Auto de admisión.

Es importante resaltar que la Corte no tiene facultad para ordenar la corrección del libelo de revisión.

Ahora bien, si se rechaza la solicitud de revisión ello no impedirá un nuevo pedido fundado en motivos distintos.

2. *Traslado*

Admitido el recurso la Corte ordenará correrle traslado a la Procuraduría General de la Nación por el término de diez días para que presente su opinión de acuerdo con la defensa objetiva de la ley.

Cumplido el plazo del traslado, la Secretaría de la Sala fijará la fecha de audiencia oral de sustentación dentro de un período no mayor de treinta días, mediante providencia que será notificada a las partes.

Una innovación que introduce el CPP es que las partes no recurrentes podrán concurrir a la audiencia para ejercer el derecho de contradicción exclusivamente sobre la demanda de revisión, lo que obedece claro está al modelo de enjuiciamiento de corte acusatorio.

3. *Decisión de la Corte*

Terminada la audiencia, la Corte Suprema de Justicia deberá proferir sentencia dentro de los treinta días siguientes.

Si se acredita la causal, la Sala manifestará en la parte resolutive que accede a la revisión solicitada y deberá señalar qué juzgado debe efectuarla.

Sobre este aspecto se debe manifestar que debe tratarse de un juzgado del mismo circuito judicial, si la emitió un Juez de Garantía, y si se trata de una resolución de un Tribunal de Juicio, se debe dar el conocimiento del asunto al Distrito Judicial que le siga en su orden.

4. *Efectos*

Si la persona en cuyo beneficio se presenta la revisión estuviera disfrutando de libertad caucionada o de cualquier medida cautelar personal diferente a

la detención provisional, continuará disfrutando de ella hasta tanto esta se decida en forma desfavorable.

5. *Fianza*

Cuando la persona condenada estuviera privada de su libertad podrá solicitar fianza de excarcelación y la Sala decidirá lo que proceda.

6. *Acción Restaurativa*

Cuando la sentencia que se dicte en la causa revisada sea absolutoria, el procesado o sus herederos, además de su libertad, tienen derecho a la devolución, por quien las haya percibido, de las sumas que hubieran pagado como sanción o como perjuicios. En estos supuestos habrá lugar a la responsabilidad del Estado.

Si la revisión es negada, el expediente principal se devuelve al juzgado de origen y el cuadernillo de revisión se archiva en la Secretaría de la Sala de lo Penal.

CONCLUSIONES

1. El Código Procesal Penal introdujo en nuestra legislación un modelo de administración de justicia que busca resolver el conflicto social que surge como consecuencia de un hecho punible en forma más expedita para lo cual se han acortado los plazos para la tramitación de los recursos y la adopción de las decisiones por parte de los jueces y magistrados, sin demeritar la eficacia y la eficiencia procesal, con la finalidad de evitar la acumulación de causas o inflación judicial.
2. La ley adjetiva consagra entre los medios de impugnación cinco recursos: reconsideración, hecho, apelación, anulación y casación; y la acción de revisión, procedimiento especial que tiene la característica de reabrir el debate de una causa cuando la sentencia está ejecutoriada.
3. Las normas del Código de procedimiento penal son antiformalistas y son mínimos los requisitos que se exigen para la presentación de los recursos, lográndose con ello un mayor acceso a la justicia y la garantía del derecho a recurso que asiste a las partes.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

ATENCIO BONILLA, Digna M. **Casación, Revisión y Extradición en el Nuevo Modelo de Justicia Penal**. S/E. Publicación del Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ),

la Procuraduría General de la Nación, la Escuela del Ministerio Público Dra. Clara González de Behringer y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Managua. 2015.

CASTILLO GONZÁLEZ., Francisco. **El Recurso de Revisión en Materia Penal**. S/E, San José de Costa Rica. 1980.

FÁBREGA P., Jorge y Aura E. Guerra de Villaláz. **Casación y Revisión**. 2ª Edición. Sistemas Jurídicos, S.A. Panamá. 2001.

FIERRO-MÉNDEZ., Heliodoro. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Editorial Leyer. Bogotá. D.C. 2001.

GÓMEZ MÉNDEZ., Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos A., **Delitos contra la administración pública**. 2ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.

HERMOSILLA IRIARTE. Francisco A. **Manual del Código Procesal Penal de Panamá. Primera Parte**. Unidad de Implementación del Sistema Acusatorio. Escuela Judicial. Publicación del Órgano Judicial. Panamá. 2009.

LÓPEZ BETHANCOURT., Orlando. **Delitos en Particular**. Editorial Porrúa, México D.F., 1997.

Manual de Capacitación Básico sobre el Sistema Penal Acusatorio. Escuela del Ministerio Público Dra. Clara González de Behringer y ABA ROLI Panamá. S/E, Panamá. 2014

VESCOVI, Enrique. **Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos Extraordinarios en Iberoamérica**. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1988.

VECINA CIFUENTES., Javier. **La Casación Penal, el Modelo Español**. Editorial Tecnos. Madrid. 2003.

II. LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Panamá.

Exposición de Motivos. Gaceta Oficial N° 26114 de 29 de agosto de 2008.

Código Procesal Penal 2008.

Texto Único del Código Penal de 2007.

III. JURISPRUDENCIA

Auto de 4 de enero de 2001. Registro Judicial. Publicación del Órgano Judicial de la República de Panamá. Enero. 2001.

Sentencia de Anulación de 20 de septiembre de 2012. Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.

Auto de 9 de noviembre de 2012. Archivo de la Secretaría de la Sala Segunda de lo Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia de 21 de diciembre de 2012. Archivo de la Secretaría de la Sala Segunda de lo Penal, Corte Suprema de Justicia.

- Auto de 27 de marzo de 2013. Archivo de la Secretaría de la Sala Segunda de lo Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto de 8 de noviembre de 2013. Registro Judicial. Publicación del Órgano Judicial de la República de Panamá. Noviembre 2013.
- Auto de 4 de enero de 2014. Registro Judicial. Publicación del Órgano Judicial de la República de Panamá. Enero. 2014.
- Sentencia de Anulación No. H/3 de 15 de abril de 2014. Tribunal Superior de Apelaciones del Cuarto Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.
- Sentencia de Anulación No. 06 de 11 de junio de 2014. Tribunal Superior de Apelaciones del Cuarto Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.
- Sentencia de Anulación de 25 de julio de 2014. Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.
- Sentencia de 25 de septiembre de 2014. Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Penal. Recurso de Casación dentro del proceso seguido a Nicodemo Herrera López, sindicado por el delito contra el orden económico (blanqueo de capitales). Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía E. Consultable en <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>
- Sentencia de Anulación No. LS/10 de 15 de julio de 2015. Tribunal Superior de Apelaciones del Cuarto Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.
- Sentencia de 22 de octubre de 2015. Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Penal. Recurso de Casación dentro del proceso seguido a Jorge Enrique Batista Álvarez, sindicado por el delito contra el pudor, la integridad y la libertad sexual. Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía E. Consultable en <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>
- Auto de 30 de noviembre de 2015. Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Penal. Recurso de Casación dentro del proceso penal seguido a Jose Cortez por la supuesta comisión de un delito contra la vida y la integridad personal en perjuicio de Luis Ernesto Castillo. Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía E. Consultable en <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>
- Sentencia de Anulación de 5 de febrero de 2016. Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial. Archivos de la Oficina Judicial.

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

Por Dr. Mario A. Houed Vega^{2*}

Sumario: Introducción. I. Aspectos generales. II. Mecanismos o procedimientos alternativos en general. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

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

- 1 Ponencia presentada al Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica dedicada a la memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora; 21-23 de octubre de 2013, San José, Costa Rica.
- 2 * Profesor universitario. Abogado penalista.

so sistema, también llamado por algunos “adversarial”,³ 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.⁴

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

- 3 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).
- 4 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.

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 disposición de las partes, instrumentos o mecanismos alternativos distintos del proceso de instrucción penal ordinario que anteriormente había sido el eje del ordenamiento punitivo, lo que además lleva en dirección hacia la denominada “Justicia Restaurativa” como una vía no tradicional en la búsqueda de la solución a los conflictos.

Así pues, con la aprobación de esta novedosa legislación se asumió la difícil y delicada tarea de reformular el proceso penal para ajustarlo a los requerimientos de una sociedad moderna, en donde los derechos esenciales de los individuos deben armonizarse con la eficiencia que se espera pueda tener el Estado en la persecución y sanción de la criminalidad. Para conseguir dicho cometido había que seguir con el fortalecimiento de un Ministerio Público imparcial e independiente, un departamento consolidado de Defensa Pública así como una policía judicial o científica debidamente preparada y, desde luego, con la presencia de jueces garantes del cumplimiento del debido proceso. Sin embargo, también existía gran expectativa sobre el comportamiento de esa vía referida a los mecanismos alternativos como una nueva forma para colaborar al descongestionamiento de las causas penales. A estos últimos dirigiré mi atención en esta conferencia.

I. Aspectos generales

A) LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COMO FIN PRIMORDIAL DEL SISTEMA PUNITIVO

Normalmente suele decirse que el fin del proceso penal está en la búsqueda de la verdad real, o sea la reconstrucción histórica del hecho delictivo de la forma más fiel posible, de conformidad con las pruebas legalmente recibidas. Tal finalidad, que ha sido bastante discutida,⁵ 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.

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 administra-

5 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.

ción 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.⁶

De todos modos es de advertir que nuestros ordenamientos penales tampoco han renunciado a la aspiración de lograr involucrarse en una corriente de derecho penal mínimo, con un catálogo punitivo reducido (por ejemplo despenalizando ciertas conductas), lo que sería más efectivo si se contara con recursos suficientes y con controles eficaces de política criminal dentro de un marco general de desarrollo social y económico, lo que haría que probablemente tuviéramos a mediano o largo plazo un menor crecimiento de la criminalidad, que por estos días parece desbordar nuestras sociedades. Pero lamentablemente el problema nos ataca ahora y las previsiones dichas deberán quedar para el futuro.⁷

B) DERECHO Y CAMBIO SOCIO-JURÍDICO

Desde luego la aceptación y comprensión de la reforma es vital, y para ello es indispensable estar conscientes de la transformación producida. Debo re-

- 6 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).
- 7 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).

iterar que no basta con conocer la normativa propuesta, pues resulta indispensable también el cambio de mentalidad, es decir, que comprendamos su magnitud y trascendencia, haciéndola parte de nuestra vida, de nuestra cultura institucional.

La ritualidad del proceso anterior abrió paso a una nueva concepción y modo de abordar y solucionar los conflictos sociales. Una serie de institutos -o soluciones alternativas- rompe con el formalismo e inflexibilidad que le caracterizaba, a la vez que se busca una mayor eficiencia en el esclarecimiento de los hechos y la lucha contra la delincuencia.

C) IMPORTANCIA E IMPACTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS

Aunque debemos reconocer las limitaciones que las soluciones alternativas encuentran en el marco de su implementación (gestión), no podemos negar que presentan un nuevo panorama en el juzgamiento de los individuos, con menores costos sociales y económicos, y mayores posibilidades para quienes desean reinsertarse efectivamente en la sociedad.

Los *criterios reglados de oportunidad (artículo 22 del CPPcr)*, por ejemplo, aparecen como un mecanismo idóneo que haría posible alcanzar los objetivos que se pretenden con la solución del conflicto, toda vez que el Ministerio Público, conforme a una política de persecución penal clara y transparente definida, puede desistir de continuar con la acción penal cuando concurren los presupuestos previstos por el legislador para ello, tal y como se presenta en los casos en donde se brinda información contra el crimen organizado, o bien, cuando se presenta la denominada insignificancia del hecho o de la culpabilidad que se reprocha por el mismo. De igual forma ocurre, según los cambios que se incorporaron a la normativa, cuando se repara el daño causado o se presenta la revocatoria de la instancia privada.

No obstante lo anterior, un aspecto determinante en este nuevo proceso es el fortalecimiento de la etapa de juicio, y con ello, de su oralidad y publicidad, con el único propósito de que los juzgadores sean los que realmente resuelvan la causa sometida a su conocimiento, de no haberse logrado previamente la aplicación de alguna de las salidas o medidas alternativas de solución que se implementan.

La idea fundamental, conforme a una política criminal moderna, particularmente determinada desde nuestra realidad marginal o periférica que cuenta con recursos muy limitados, al decir de Zaffaroni en su libro "*La búsqueda de las penas perdidas*", es la descriminalización de aquellas acciones o conductas que no merezcan la represión estatal, es decir, no requieren necesariamente que se aplique una sanción penal, como sucede, por ejemplo, además de las

medidas alternativas antes señaladas, por medio también de la denominada *suspensión condicional del procedimiento*, en donde se exige precisamente un plan reparador como solución al conflicto existente.

El Ministerio Público viene a desempeñar entonces un papel decisivo en este nuevo proceso, pues no puede limitarse a ser un mero espectador o un agente automático encargado de la persecución de todos los delitos, para lo cual debe otorgársele los recursos económicos suficientes que le permitan ejercer plenamente su función, además de integrar correctamente su estructura orgánica (desde la selección de un Fiscal General independiente y demás funcionarios hasta la aplicación de un régimen disciplinario adecuado a sus necesidades) con el propósito de evitar influencias políticas o de cualquier otro orden (interno o externo).

Conforme a la lógica del actual proceso penal, podríamos decir que sobre dicha institución descansa gran parte de la responsabilidad de que se hagan realidad los objetivos previstos en la reforma.

Los Fiscales deben observar en sus planteamientos, sin dejar de lado su naturaleza requirente, que no todo lo que es denunciado o descubierto como presunto ilícito, resulta posible que sea investigado y llevado hasta su conclusión condenatoria.

La restricción de recursos con los que cuenta, sea de orden personal o material, aunado a la siempre creciente masa de asuntos que ingresan día con día a sus oficinas, lo obligan a implementar una política de persecución penal a través de la cual oriente sus prioridades, y determine cuáles son los hechos que deben ser investigados hasta sus últimas consecuencias, reflejada en la obtención de una sentencia, así como frente a cuáles hechos y en qué circunstancias se les podría aplicar una de las medidas alternativas que han sido introducidas en el Código vigente.

Es admisible suponer que si el Ministerio Público logra implementar racionalmente esta decisión política, se vendría a minimizar la espiral de violencia o proceso de criminalización secundaria que se produce cada vez que se investiga y se acusa a alguien de un hecho delictivo. Una gran cantidad de casos, no generadores de graves trastornos sociales, además de no merecer una respuesta represiva por parte del Estado, podrían verse resueltos durante el desarrollo normal y anticipado de la causa. Además fortalecería la idea del sistema penal como *ultima ratio*; pues sólo aquellas causas de cierta gravedad que se estimen como estrictamente necesarias serían conocidas en juicio, debido a lo trascendencia o incidencia que tienen en nuestras vidas y en la realidad social.

Así pues, la policía y el Ministerio Público deberían orientar sus actuaciones, con los recursos que consideren suficientes, contra los delitos que merecen una mayor atención por la relevancia de los bienes jurídicos afectados, o bien por la complejidad de las conductas que llevan a dicha afectación.

Como consecuencia de lo anterior, y no menos importante que todo lo dicho, la aceptación de alguna de las soluciones alternativas al proceso ordinario, conllevaría también un rescate del papel de la víctima en el proceso. Quiérase o no, aun cuando el proceso penal lo entendamos como una manifestación del garantismo, en donde se intenta reducir el poder abusivo del Estado frente a la persona acusada, 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 tales institutos, por las razones que fueran, o se aplican deficientemente, no podrán obtenerse los resultados esperados. Así por ejemplo en algunos

países, como ocurre en el caso de Costa Rica, los criterios de oportunidad han sido disminuidos drásticamente ante los reclamos de ciertos sectores que señalan que producen impunidad o que afectan el principio de igualdad. Del mismo modo se reclama que el procedimiento abreviado ofrece reducciones de la pena en casos controversiales, o que la suspensión condicional del procedimiento a prueba se decreta sin un verdadero control.

Como pueden observar, la mayor parte de las quejas se refiere a la implementación de tales medidas, o mejor dicho, a la forma en que se ejecutan o se llevan a cabo, no propiamente al contenido sustancial de ellas. Pero yo sigo insistiendo que pueden producir un mejor efecto que el que se padece con el encarcelamiento indiscriminado como único “remedio”, procurando – eso sí – ejercer controles y registros efectivos para evitar las deficiencias apuntadas.

II. Mecanismos o procedimientos alternativos en general⁸

A) CONCEPTO

La introducción de mecanismos alternativos dentro de la materia penal, constituye un reconocimiento de la incapacidad del sistema tradicional existente como propuesta de solución de conflictos.⁹ 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

- 8 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. Vélez Mariconde lo define como: “*una serie gradual progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva*” (Citado por *El Derecho Procesal Penal Costarricense*, 1ª 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.
- 9 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.

aprovechamiento de los limitados recursos de la administración de justicia. La introducción de estas medidas constituye el desarrollo del principio general de “solución del conflicto” que, según dijimos, contempla el artículo 7 del Código Procesal Penal, conforme al cual los tribunales deben **procurar** que el conflicto surgido con el hecho punible sea resuelto, para así contribuir a **restaurar la armonía social** afectada con el ilícito.

La búsqueda de soluciones alternas a la respuesta penal tradicional asume como premisa el carácter de medida extrema de la política criminal, y pretende devolverle el conflicto a las partes, para que éstas, de manera responsable, le busquen una solución adecuada.

Es innegable que la práctica del sistema penal selecciona de distintos modos los casos por tratar así como su camino dentro del ámbito institucional. Y si la realidad selecciona los asuntos, no podemos cerrar nuestros ojos y pretender funcionar aislados del mundo que rodea al proceso. El numeral 7 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder estableció que: “*Se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas*”.¹⁰ A su vez, Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio),¹¹ 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 ac-

10 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.

11 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)

tuciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.”

Las mencionadas reglas implican que “*el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia*” (regla 2.3). A su vez que “*Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.*”, “*evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales*” (regla 2.5), respetando el principio de mínima intervención (regla 2.6) y dignidad humana (regla 3.9) como “*parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos*” (regla 2.7).¹²

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,¹³ y ha sido el punto de partida de las más modernas tendencias de justicia “restaurativa”, tal y como veremos más adelante. Y es que una solución jurídicamente “correcta” del caso, no debe sacrificar la reparación adecuada del daño causado a la víctima. Como consecuencia del delito, la víctima sufre una sensación de impotencia, la cual puede repetirse y verse potencializada si se le relega a lo interno del proceso penal. Por eso, lo peor que puede hacer el sistema de control penal es apartar a la víctima y negarle su intervención. Si el sistema de control penal pretende restaurar la armonía social y solucionar el

- 12 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.
- 13 En relación con este aspecto, el fallecido prof. Henry Issa El Khoury Jacob hizo un interesante análisis sobre las maneras indígenas de resolución de conflictos (conciliación, círculo del rumor, el consejo o círculo de ancianos) hasta llegar las rondas campesinas y la asamblea dominical, cuya premisa básica es fijar la reparación del daño de manera que las partes queden conciliadas (Cfr. Su interesante análisis en Issa El Khoury Jacob, Henry, *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, Convenio Corte – AID, Costa Rica, 1995, pp. 9 – 13)

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.

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 adoptada por el Estado y la colectividad y las razones de sacrificio de su interés individual,

única posibilidad de que estas pragmáticas instituciones en particular, y la administración de justicia en general, puedan ser percibidas como garantes y protectoras de los intereses de la propia ciudadanía.

B) LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS EN PARTICULAR

Si resultase cierto –como muchas veces ocurre– que “*los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días*”,¹⁴ 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*”.¹⁵ Sin embargo, como ha dicho Emiliano Borja “*El Derecho penal, qué duda cabe, es Derecho. Y también participa en ese proceso de desarrollo del sistema de convivencia humana. La norma penal, como toda norma jurídica, coadyuva a la construcción de un mejor orden de coexistencia de los individuos en la sociedad, del estado de cosas que se ha definido como paz social. Y es que se ha dicho, y con razón, que toda norma jurídica vive con la pretensión de tener que regular la vida social mejor a través de su propia existencia que sin ésta*”.¹⁶

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 pena-

- 14 Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. San José (Costa Rica), Editorial Porrúa, México, 2000, p. 18.
- 15 Sánchez Romero, Cecilia; Houed Vega, Mario Alberto; Chirino Sánchez, Alfredo. “El Abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas”, en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 47.
- 16 Borja Jiménez, Emiliano, “Derecho Penal y Paz social, ensayo sobre una aparente contradicción”, en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 14.

les. Cualquier investigación acerca de la llamada *cifra negra* de la criminalidad, permitirá comprobar este hecho.¹⁷ 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*.¹⁸ También es un hecho demostrado que el sistema penal no puede tramitar de modo efectivo la totalidad de las infracciones que, en principio, podrían ser calificadas como “delictivas”. Esta imposibilidad que la realidad contemporánea demuestra claramente, evidencia que, dadas las condiciones actuales, la pretensión de investigar, juzgar y castigar cada uno de los hechos delictivos que pudieran ser cometidos en el país, además de suponer un esfuerzo que el erario público no está en condiciones de afrontar, es una idea destinada al fracaso que no encuentra justificación en la práctica.¹⁹

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 preventivo ge-*

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

18 Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 832.

19 Al respecto comenta en Argentina el Dr. Héctor Mario Magariños: “(...) es un dato indiscutido que sólo una escasa porción de los delitos cometidos son denunciados, que de los denunciados sólo algunos pocos son investigados de modo eficiente, y que, de los así investigados, sólo algunos llegan a sentencia (conf., entre muchos otros Maier: 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, “Trámite 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).

neral de la pena, ni positivo ni negativo”.²⁰ 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*”.²¹

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.²²

- 20 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.
- 21 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.
- 22 Sobre la necesidad de penas alternativas complementarias véase Houed Vega, Mario Alberto. “Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas”, en AA.VV., *Sistemas penales y Derechos Humanos*, Sánchez Romero, Cecilia (comp.), CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 111-118; Issa El Khoury Jacob, Henry. “Las penas alternativas”. En: Issa El Khoury Jacob, Henry. “Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico.”, en *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 siste-*

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)²³

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 criminalidad menos tradicional, en cuenta los llamados delitos de “cuello blanco”, ya que en lugar de destinar los recursos a la investigación y juzgamiento de *los delitos más graves o de mayor interés social como es la delincuencia organizada, el aparato judicial destina la mayor parte de sus recursos al tratamiento de los delitos menores o de poca trascendencia.*

Ante esta realidad, se impone la necesidad de acelerar la administración de justicia penal, hacerla más eficiente y sencilla. Es así como el párrafo primero del artículo 22 del Código Procesal Penal costarricense establece el denominado principio de “obligatoriedad” (también llamado de “legalidad” o de “oficialidad”) de la acción penal pública de la siguiente forma: “*El ministerio público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley*”.²⁴ Sin embargo, el párrafo segundo del

ma punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas, op. Cit. p. 115).

23 Carrara citado por Marchisio, Adrián (coord.), Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, op. Cit., p. 26.

24 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 Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, González Álvarez, Daniel (comp.), 2da. Ed.. San José (Costa Rica), Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p.88; también González Álvarez, Daniel, en Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 47. Schönbohm, Horst y Lösing, Norbert, *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio oral en América Latina y Alemania*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995, p. 50. Con

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.”²⁵

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

respecto al tema también véase Rodríguez García, Nicolás, “Oportunidad y Consenso”, en *La Justicia Penal negociada. Experiencias en derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 211 y ss.).

- 25 Marchisio, Adrián (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 551.
- 26 Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 158.
- 27 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.

*“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”.*²⁸

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”*²⁹

En este mismo sentido se ha mencionado: *“En efecto, el principio deriva de teorías absolutistas de la pena, en las ideas de Kant y Hegel, en cuanto en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal, lo que hoy no sólo es absurdo sino imposible [...] En primer término ningún sistema penal está capacitada para res-*

28 González Álvarez, Daniel. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, en Revista de Ciencias Penales, Revista de la 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 AA. VV., *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.

29 Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 835.

ponder 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”³⁰

b. Fundamentos

El sistema penal –en su sentido amplio– es por naturaleza selectivo: selecciona la víctima al no denunciar ciertos hechos, selecciona la policía cuando no investiga los casos que en su criterio no tienen posibilidades, selecciona el Ministerio Público cuando no da seguimiento a las denuncias, y finalmente, seleccionan los Tribunales cuando consideran que no hay motivo suficiente para condenar. Como nos recuerda González Álvarez: *“Este proceso selectivo escapa a los controles jurídicos y políticos necesarios. Carece de transparencia porque generalmente no se admite, se oculta y algunos casos se ignora. De ahí entonces, que sea indispensable reglar ese terreno, comenzando por reconocer la verdad: que hay proceso de selección, pero manteniendo como regla la obligatoriedad, para luego por la vía de excepción, reglar los casos en los cuales se pueda dejar de acusar”*.³¹ Esta es la inquietud básica a la que responden los artículos correspondientes del C.P.P.C.R. . 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.”*³²

30 González Álvarez, Daniel, “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, en 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 *“responde a la idea de la retribución, entonces completamente dominante, según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal. Con la sustitución de esta teoría absoluta de la pena por justificaciones preventivo-generales y especiales que vinculan el castigo a su necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva”* (Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, 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.)

31 González Álvarez, Daniel, op. cit., p. 66.

32 Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 841.

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”.³³

Aun admitiendo la legalidad más estricta debemos reconocer que “estudios empíricos han demostrado que, aun afirmada 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.”³⁴ Frente a este hecho, y a la necesidad de no sobrecargar el sistema con casos que razonablemente son evitables, es racional institucionalizar y delimitar los criterios con los cuales se pueda declinar la persecución penal y concentrar la aplicación de esos criterios en funcionarios responsables. La reforma se orienta pues a introducir la oportunidad como una excepción al principio de obligatoriedad de la acción pública, que permite prescindir en casos especiales de la persecución penal. Por eso se trata de un principio de oportunidad “reglado” y no de una discrecionalidad “absoluta”. Como ventajas de la vigencia de este principio podemos señalar: a) se favorece la *transparencia* del sistema, al evidenciar los criterios de selección que antes quedaban ocultos, b) permite sentar *responsabilidades* a los funcionarios encargados de vigilar la acción penal, c) al existir criterios taxativos, es posible *orientar la selectividad* hacia fi-

33 Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., pp. 154-155.

34 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, 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 Martínez, Edmundo, *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*, 1 ed., San José, Juricentro, 1992, p. 139, también véase Hassemmer, Winfried, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Setiembre, 1995, Año 7, N°10, pp. 2-8.

nes útiles para el Estado de Derecho, d) se produce la *decriminalización* 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 dañosidad social provocan. Una decisión político-criminal como la señalada parece no tener vincularse con la reparación de la víctima de ese delito que el propio Estado considera insignificante.”³⁵ Sin embargo, el código prevé expresamente que “en los casos en que se verifique un daño, el ministerio público debe velar porque sea razonablemente reparado”, lo que constituye un requisito adicional que impone la normativa.

c. Críticas

En contra del principio de oportunidad se ha argumentado la vigencia del principio de igualdad, pues – según se dice - debe ser la ley (el legislador) y no la decisión particular de los órganos estatales (funcionarios) quienes determinen cuándo una persona deba ser sometida a pena o no. Ante esta crítica señala Maier que...

“aunque tal razonamiento deba ser tenido en cuenta para no crear fueros personales o provocar desigualdades raciales, religiosas, sociales o económicas, cabe advertir que estos principios funcionan, básicamente, como garantía frente al poder penal del Estado, esto es, como seguridades para el habitante de no ser afectado en sus libertades por ese poder, y aquello que se pretende con la aplicación del principio inverso, el de oportunidad, no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo, al evitar su persecución.

*No obstante, el fundamento aquí citado, aunque no logre cabalmente legitimar la persecución penal obligatoria del Estado, ha cumplido el papel de colocar el principio de legalidad en el lugar de una máxima fundamental del sistema, de modo que el de oportunidad funcione”.*³⁶ En todo caso, la eventual deficiencia se supera en gran parte

35 Marchisio, Adrián (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. cit., p. 533.

36 Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 831.

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 necesaria independencia (de cualquier centro de poder y no sólo del Poder Ejecutivo) para que desaparezca el fundamento de la objeción”*³⁷

d. *Ámbito de aplicación y efectos*

El artículo 22 del CPPCR permite, previa autorización del superior jerárquico,³⁸ prescindir de la acción penal pública, de manera total o parcial. Esto es, el código presenta cuatro opciones:

- a) Cuando se trate de un hecho insignificante o de bagatela, con mínima culpabilidad del autor o partícipe, salvo que existiese violencia sobre las

37 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.

38 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.

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”.³⁹

- c) Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena. Es lo que suele conocerse como surgimiento de una “pena natural”.
- d) Cuando la pena o medida que puede imponerse a un imputado, tratándose de varios delitos o infracciones, hace que carezca de importancia la persecución del hecho del que se prescinde. Así, sería posible en el caso de un concurso material de delitos, en que participen varios imputados, prescindir de la acción penal con respecto a uno de ellos, y continuar la persecución de los demás con respecto solamente a determinados hechos, y, con respecto a los hechos investigados limitarse únicamente a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles. Claro está, siempre que nos encontremos ante alguna de las causales que establece el código para su procedencia.

En relación con los asuntos de mínima culpabilidad (bagatela) debe destacarse que no se debe confundir la insignificancia conforme al 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*

39 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).

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".⁴⁰ 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.

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)"⁴¹

El derecho a imponer una pena es hoy día un derecho reservado al Estado, quien, según el decir de Christie,⁴² le ha "robado" el conflicto a las partes, vaciando al proceso penal de su contenido vital. Pero si el Estado le prohíbe al individuo tomar la justicia por sus propias manos, debería ofrecerle mecanismos efectivos para brindarle protección y buscar una solución para su problema, no relegarlo dentro del proceso y con ello profundizar su impo-

40 Llobet Rodríguez, Javier, *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., p. 86.

41 Baratta citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

42 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.

tencia. Esa fue hasta hace no poco tiempo una “asignatura pendiente” del sistema penal.⁴³

Cuando la aplicación estatal del Derecho penal (entendido en su sentido amplio) vino a reemplazar a la venganza privada, se monopolizó la persecución penal en el aparato estatal, lo que difiere en gran manera del servicio de justicia regular prestado por el gobierno. En éste las partes acuden al juez en busca de una “solución”, no así dentro del sistema penal, porque es el Estado en sí mismo quien tiene un interés en la realización del Derecho penal, interés que tiende muchas veces a excluir el conflicto social que conforma igualmente su base. Ante esta crisis, se presenta a la opción de una justicia “restaurativa” como una alternativa “novedosa”⁴⁴ 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.

- 43 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.
- 44 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.

a. Concepto, origen y contenido

Puede decirse que la justicia restaurativa (en adelante JR), también denominada justicia reparadora o restauradora, representa un nuevo concepto frente al tradicional de justicia retributiva o rehabilitadora, que viene de un movimiento de reforma de carácter internacional de la justicia punitiva, según la cual el delito es fundamentalmente un daño en contra de una persona concreta y de las relaciones interpersonales, por lo que la víctima debe jugar un papel preponderante en el proceso y puede beneficiarse de alguna forma de restitución o reparación a cargo del responsable o autor del hecho punible, a quien se prefiere llamar “ofensor” como alternativa al de “delincuente” para no continuar con su estigmatización.

Aunque no se tienen muchos detalles, algunos señalan su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, con el profesor Howard Zehr de la Universidad Menonita de Harrisonburg (Virginia, USA), que otros profesores norteamericanos y europeos (entre ellos Marshall Rosenberg, Van Ness y Strong) han seguido impulsando. Según se comenta en la doctrina,⁴⁵ 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,⁴⁶ y por esta vía a Latinoamérica. Una vez probada su eficacia en

45 Más adelante se analizan diversos conceptos que han sido utilizados por diversos sistemas para su debida implementación.

46 El Proyecto Alternativo alemán sobre reparación del daño (*Alternativ – Entwurf Wierdergutmachung*) elaborado por un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos en 1992, recoge todo este movimiento, en particular las ideas de Claus Roxin sobre la reparación como “tercera vía” del Derecho Penal, según las cuales la reparación cumple con los requerimientos de la prevención general positiva y especial positiva. No es 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”, en *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”, en *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*, 1º ed., Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 224; Maier, Julio B. J., “El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal Argentino”, en AA. VV., *El Derecho Penal de Hoy*, Maier, Julio B. J. y Binder, Alberto (comps.), 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

el derecho penal juvenil, no se tardó en trasladar el enfoque al derecho penal de adultos.⁴⁷

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

p.; Olson, Cynthia. “Aplicando la mediación y los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa”, en *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, Carranza, Elías (coord.), 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”, en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp. 3-15; Bovino, Alberto, “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho”, en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp.28-34. Ocroposma Pella, Enrique, *La reparación penal*, Setiembre 2002, disponible en World Wide Web: http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo_0151.htm. (accedido el 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. Disponible en World Wide Web: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf. (entre otros documentos sobre el tema).

- 47 La búsqueda de mecanismos de JR es una manifestación del cambio de nuestra sociedad en general, en las sociedades *posmodernas* se advierte la necesidad de un control, pero no de un control centralizado e imponente, sino descentralizado y participativo. Como destaca Kemelmajer de Carlucci, hay una estrecha vinculación entre los valores políticos dominantes en una sociedad y su modelo de justicia “*la justicia rehabilitativa tuvo su lugar en el Estado de bienestar; la JR, en cambio, comienza en un Estado que va perdiendo poder*”. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 182. A su vez, cabe destacar que los modelos de justicia restaurativa tienen en gran parte fundamento en la filosofía de Jürgen Habermas, para quien la crisis de motivación y de legitimidad del mundo moderno deben ser resueltas a través de la reconstrucción del consenso. La autora nos señala como las propuestas de este tipo presentan las características del “Derecho Reflexivo” que propone Habermas, y por lo tanto encuentra sus raíces profundas en las ideas de este filósofo (*ibid.*, p. 181.)

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.”⁴⁸ Esta corriente es el producto de la fusión de tres grandes movimientos: a) el que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de

- 48 46 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 “*Restorative Justice*” en inglés, y “*Justice Restaurative*” en francés, que han sido promovidas en el seno del Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y han ganado fuerza a través de múltiples conferencias internacionales. Sin embargo, cabe advertir al lector que ese término en español no conserva enteramente su significado ya que “restauración” en español, es un término que se vincula con actividades más materiales). He aquí algunas definiciones: Bazemore y Walgrave: “toda acción orientada primariamente a hacer justicia reparando el daño causado por el delito” y “puesta cara a cara de la víctima y de la comunidad afectada por un ilícito con los ofensores, en un proceso informal, no adversarial y voluntario, que se desarrolla en situaciones de seguridad y que normalmente provee el mejor modo de determinar las obligaciones restaurativas”; Bruce Archivald: “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.

control social, b) el que denunció los efectos perniciosos del sistema penal sobre el delincuente como ser humano y, c) el que impulsó el desarrollo de los derechos del hombre y de la víctima.

La JR busca el arrepentimiento sincero del autor; por ello el ofensor debe ser incentivado a entender cómo su acto ha lesionado a otra persona y a la comunidad.

No requiere como requisito obligatorio el “perdón” de la víctima, aunque sí se intenta la reconciliación de las partes y la reparación del daño causado. Punto esencial es que los programas de JR no pueden serle impuestos ni a la víctima ni al ofensor y son absolutamente voluntarios. A su vez, la propuesta de dicho modelo va más allá y pretende cambiar nuestra manera de ver y de responder ante los actos criminales, conservando las garantías constitucionales como presupuesto necesario de cualquier medida alterna. En suma, la doctrina destaca las siguientes “ideas renovadoras” de la citada justicia restaurativa:

- “- La reapropiación del proceso por parte de sus dos actores principales: la víctima y el autor del delito. Este punto inicial supone la revaloración de la víctima dentro del proceso; es ella quien decide la modalidad a través de la cual se considera adecuadamente resarcida en sentido moral y material.
- Un nuevo concepto de responsabilidad por parte del autor del delito, que opera directamente con la parte ofendida, y para el que las consecuencias del delito son más importantes que la definición del tipo.
- La inserción de nuevos profesionales que permiten que, en algunos casos, la administración de la justicia tradicional quede marginada, al menos temporalmente.
- La recuperación de la administración de la justicia por parte de la comunidad, que provee de los recursos e impone condiciones, porque 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”⁴⁹

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 especial-

49 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.

mente 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.”⁵⁰

Las ideas de “justicia restaurativa” pernean los mecanismos alternativos que incorpora la reforma en nuestro CPPCR, y por lo tanto, es necesario la toma de conciencia de estos postulados básicos, los que pueden servir de orientación ante los casos que pudieran presentarse en la práctica.

b. Conversión de la acción pública en acción privada

Este mecanismo opera como excepción al principio de “oficialidad” de la acción penal, en virtud del cual la persecución penal le corresponde por naturaleza al Estado. En estos casos, se permite y autoriza que el particular tome el lugar del Ministerio Público y formule la acusación ante el tribunal competente, lo que ciertamente constituye un instituto que revitaliza la posición de la víctima dentro del proceso penal.

Para convertir la acción pública en privada se deben seguir los presupuestos establecidos en el artículo 20 de nuestro Código, por lo que al dejar de tener participación el órgano estatal como persecutor oficial, la promoción y el ejercicio de la acción penal le corresponderán en adelante al ofendido o su representante legal. Si opera la conversión de la acción en privada, entra a regir el principio dispositivo, por lo que la víctima puede conciliar o desistir de su acción. También cabe advertir que incluso 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

50 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 553.

selectiva, y procura orientar esa selectividad de conformidad con parámetros controlables, logrando a su vez que los recursos del sistema penal se concentren en los casos más graves. Valga a su vez para el análisis de este instituto lo dicho en aquel apartado, al cual nos remitimos.

En síntesis, los requisitos que exige el artículo 20 del CPPCR para que el Ministerio Público pueda autorizar la conversión de la acción son los siguientes:

- a) La solicitud expresa de la víctima, 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”.⁵¹ Nótese que por “grave” se entiende “*grande, de mucha entidad o importancia*”,⁵² 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).

51 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 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*, 2° 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).

52 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Impresión: Mateu-Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, p. 1057.

- d) Que se esté ante uno de los supuestos de procedencia que señala el artículo 20 *ibid*: 1) cuando se trate de un hecho que requiera instancia privada; 2) cuando se presenta un hecho punible contra la propiedad realizado sin grave violencia contra las personas. Aunque dicho criterio es evidentemente indeterminado, cada caso debe resolverse en forma particular tomando en cuenta lo dicho en líneas anteriores – por ejemplo que la gravedad implica una entidad de importancia y consideración –; por lo tanto, podrían entenderse comprendidos incluso los casos en que medie una violencia leve sobre las personas, como son aquellos que se conocen en doctrina como “arrebato”. Sin embargo, no puede hablarse de que concurra este requisito cuando se han causado lesiones a la víctima, o ha mediado violencia moral de consideración, como sería el empleo de un arma blanca o de fuego, atendiendo a la gravedad de la amenaza en el caso concreto. Por último, podría tratarse de un caso en que el Ministerio Público haya dispuesto la aplicación de un criterio de oportunidad.

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.⁵³

Así, se afirma que el aparato judicial implica “riesgos” que no se pueden evitar, y que, por lo tanto, es mejor evitar el ingreso de una persona al sistema que esperar al momento “definitorio” o de la sentencia. La “desjudializa-

53 Marcan la paradoja Faget, Castainede, Nérac-Croisier, entre otros. Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, pp. 87 y ss.

ción” llamada en inglés “*diversion*”,⁵⁴ 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).⁵⁵ 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 socio-rehabilitativas y comunitarias con el resultado de determinar una desviación del proceso hacia un epílogo no judicial, o de algún modo extraño a lógica del juicio y a la sentencia de mérito”⁵⁶ 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*”⁵⁷

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)*

- 54 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 AA. VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, en Maier, Julio B. J. (compilador), 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.

- 55 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.

- 56 Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89.

- 57 Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89.

*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.*⁵⁸ 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, una extensión de las “redes de control social” ya existentes. Por ello, los sistemas de control administrativo implican un componente esencial de cualquier sistema de desjudicialización del conflicto penal.

Antes de entrar en el estudio de cada uno de los mecanismos con los que la reforma impulsa la “desjudicialización” dentro del sistema penal, debemos aclarar que aunque tienen elementos comunes, no debe confundirse desjudicialización con “justicia restaurativa”, analizada *supra*. La justicia restaurativa pretende un diálogo entre autor y víctima, con el objeto de potenciar soluciones compartidas, y así reparar el tejido social lesionado, el daño producido y la auto-imagen del ofensor. No todas las salidas propuestas por los movimientos de “desjudicialización” participan de esas características. A su vez, y esto es muy importante, desjudicialización no es propiamente despenalización o eliminación de la juridicidad, pues toda medida “alterna” al sistema de enjuiciamiento tradicional ha de tener en cuenta los derechos fundamentales implícitos en cualquier proceso, ya que de no ser así se podría llegar a extremos indeseables y contrarios a los más elementales principios de la reforma.

b. Conciliación y mediación

“En los tribunales se vive, se trabaja, en y por conflictos ajenos. El ser humano se va descorporizando atrapado en las redes del proceso, sus oscuras entrañas y laberintos. Pasa a ser un expediente. El conflicto se desplaza y el tiempo, que todo lo pauta, va creando contumaces incertidumbres.

Víctima y victimario quedan a la mala de Dios” (Elías Neuman)⁵⁹

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, impi-

58 Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 91.

59 Neuman citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

den 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...”⁶⁰

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...*”⁶¹

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.

60 Issa El Khoury Jacob, Henry, “Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico.”, en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 68.

61 Issa El Khoury Jacob, Henry, *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, ob. Cit. p. 11.

Entre las novedades⁶² que incorpora la reforma se encuentran los supuestos del artículo 36 del CPPCR que permiten conciliar los cargos en cualquier momento de previo a que se ordene la apertura a juicio en las faltas o contravenciones, en delitos de acción privada, en delitos de acción pública a instancia privada, o en delitos sancionados con penas no privativas de libertad, siempre que 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.⁶³

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.

- 62 Es claro que la conciliación no es un descubrimiento nuevo en el mundo del derecho, aunque hasta el momento no se le aplicado con la intensidad que podría serlo a lo interno del sistema penal. Sobre el punto comenta Alfonso E. Chaves Ramírez: “Desde 1874, una carta de Voltaire, se lee: La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás está en Holanda. Si dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro son obligados a ir ante el Tribunal de los Jueces conciliadores, llamados hacedores de paz. Si la partes llegan con su abogado y un procurador, se hace de pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos 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 AA. VV., Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, González Álvarez, Daniel (Compilador), 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p. 171.
- 63 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.

“Conciliar” del latín “conciliare” significa ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí.⁶⁴ Ortega Pinto se refiere a la técnica de conciliación como 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.

*“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.”*⁶⁵ El art. 36 contempla la posibilidad de que el tribunal

- 64 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; Capitant 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.
- 65 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. *Sí ide acuerdo! Como negociar sin ceder*, traducción de Eloisa Vasco Montoya, Editorial Norma, Colombia, 1985, 182 p. Benavides Santos, Diego et. al., *Ensayos de concilia-*

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...*”⁶⁶ A diferencia del proceso contradictorio, la mediación tiene una estructura dialógica con mínimas formalidades, que ofrece un alto grado de participación al imputado y a la víctima.⁶⁷ Garantía de que esa participación será espontánea y regida por la buena fe, es que, en caso de no llegarse a un acuerdo, los mediadores o conciliadores deben guardar secreto de lo dicho en estas deliberaciones y sus manifestaciones carecen de todo valor probatorio.

El fiscal y el juez deberán procurar activamente un arreglo negociado entre las partes, en plano de igualdad.⁶⁸ Sin embargo, ambos han de tener espe-

ción, 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 Conflictos*, 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.; González Álvarez, Daniel. “La conciliación penal en Iberoamérica”, en *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”, en *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.

- 66 Ortega Pinto, Herbert David, “La teoría del conflicto y la resolución de conflictos”, op. Cit., p. 128.
- 67 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.
- 68 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 renuncias 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.

cial consideración con los casos en que se ventilen agresiones sexuales (sin que importe la edad de la víctima), violencia intrafamiliar (sin que importe el sexo del ofendido) y en aquellos supuestos en que el ofendido sea un menor de edad (sin que importe entonces el delito), porque en esos casos hay una relación especial de poder que dificulta un acuerdo en el plano de la igualdad. Los dos últimos casos están regulados en el artículo 36 *in fine* que expresamente le prohíbe al tribunal procurar la conciliación si no ha mediado una solicitud expresa de la víctima o su representante.

Sin embargo, no puede decirse que en tales delitos hay una imposibilidad absoluta de aplicar la conciliación ya que al tratar conductas humanas la casuística será siempre la regla.

El artículo 30 (en especial incisos j y k) en relación con el penúltimo párrafo del 36 *ibid*, señala el efecto extintivo sobre la acción penal que tiene la conciliación.

No obstante, el archivo dispuesto ha de ser notificado. En efecto, tanto imputado como víctima podrán objetarlo alegando que ha mediado coacción o amenaza al momento de realizar el acuerdo. De seguido el juez convocará a una audiencia en el plazo de cinco días, para dictar lo que proceda, y su decisión es pasible de apelación.

El cumplimiento de lo pactado extingue la acción penal, pero en caso contrario (es decir si el imputado incumple **sin justa causa** con lo acordado) el procedimiento continúa como si nunca se hubiera conciliado. Aunque en la ley no se dice nada sobre “justa causa”, pareciera que si el imputado tiene un impedimento válido que motive su incumplimiento, debe interpretarse que en tal caso, el juez, previa audiencia a las partes, puede ampliar el plazo para cumplir con lo acordado. Esta es la forma que es compatible con el principio de solución del conflicto que informa el proceso penal en la reforma.

Se ha dicho que “...incorporar mecanismos de conciliación, mediación o arbitraje, con independencia de que terminen o no con la imposición 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, Hassemmer, Muñoz Conde)”.⁶⁹ Sin embargo, ya hemos visto que la incorporación de mecanismos de justicia restaurativa no impli-

69 Armenta Deu, Teresa, “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 1997, Año 9, N°13, p. 22.

ca la *desjuridización* del proceso, los mecanismos de control de las garantías del debido proceso han sido incorporados en el código, y depende tanto de los órganos públicos (fiscal y juez), como de las propias partes, que el proceso de negociación se lleve a cabo en términos que respeten esas garantías.

Por último, Maier nos llama la atención sobre uno de los problemas que pueden darse con esta clase de medidas alternativas. Dice el ilustre procesalista: *“Quizás el único argumento incontestable en contra de esta diversificación del sistema penal sea el hecho de que, acudiendo a la verdad consensual como eje del sistema, aun 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.”*⁷⁰ 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 la suspensión condicional del procedimiento a prueba.⁷¹ En este sentido, el citado instituto constituye una de las transforma-

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

71 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 Marchisio, Adrián (coord.). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 144). En este sentido coincidimos con Hassemmer 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.

ciones 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.”*⁷²

La reforma tiene, al igual que otras naciones del continente, como antecedente el movimiento en torno al Código Procesal Modelo para Iberoamérica, art. 231, en el que se le denomina “suspensión del proceso a prueba”,⁷³ así como la Ordenanza Procesal Penal Alemana, cuya disposición 153a establece el “archivo del proceso en caso de cumplimiento de condiciones y mandatos”, al que denomina también “archivo condicional del procedimiento”.⁷⁴ 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 González Álvarez, Daniel, en su introducción al libro de Porras Villalta, Mario Alberto, Salazar Murillo, Ronald y Sanabria Rojas, Rafael Ángel, *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, 1 ed., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 8.
- 73 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.
- 74 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.⁷⁵

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 del sistema penal.⁷⁶ En Argentina, cuyo art. 76 bis

75 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).

76 “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

dispone también la obligación de reparar el daño causado, la doctrina procesal señala que: “Hay consenso en la doctrina respecto a que, esta exigencia, se vincula con los nuevos fines que, en los más modernos desarrollos político criminales, se le otorga a la reparación. Como lo reconoce Luis M. García: “(...) esta norma es novedosa, al hacer depender la prosecución del juicio, entre otros extremos, de la falta de una satisfacción o reparación razonable a quien aparecía como afectado por el hecho delictivo. Si hay tal satisfacción (*rectius*, como veremos enseguida si hay un ofrecimiento de reparación) el Estado se muestra inclinado a prescindir del juicio penal, y como consecuencia de ello, de una sentencia de condena, en la medida en que ello satisfaga aún la conciencia de efectividad o vigencia del orden jurídico. Aquí se hacen evidentes de modo práctico las relaciones entre el principio de subsidiariedad, la reparación y la idea de prevención general positiva”.⁷⁷

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 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. 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.

77 Cesano, José Daniel, op. Cit., pp. 523-524.

Medidas de corte similar a la suspensión condicional del proceso ya se han implantado en los ordenamientos de Argentina,⁷⁸ Brasil⁷⁹ Bolivia,⁸⁰ Chile,⁸¹ El Salvador,⁸² Guatemala,⁸³ Paraguay⁸⁴ y Venezuela,⁸⁵ 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*”.⁸⁶

- 78 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.
- 79 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”, en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, N°17, pp. 49-53.
- 80 Incorporado en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 1970 del 25 de marzo de 1999), artículos 21-27.
- 81 Artículos 237 y ss. del Código Procesal Penal.
- 82 Artículo 22 del Código Procesal Penal.
- 83 Artículo 27 del Código Procesal Penal.
- 84 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.
- 85 Artículos 37 al 42 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela que entró en vigencia el 1 de julio de 1999.
- 86 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 diversión consiste en la destimulación 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 diversión 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. Mientras la “diversión” se produce con anterioridad al juicio, la “probation” exige

Por la similitud que presentan las condiciones impuestas al que se somete a la suspensión condicional del proceso se podría intentar asimilarlas con una sanción. Sin embargo, ni la suspensión ni las condiciones que se imponen al que se somete a ella constituyen técnicamente una sanción, ya que no se ha dado un juicio previo y la declaratoria acerca de la culpabilidad o no del imputado.⁸⁷ 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.

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*”.⁸⁸ 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

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.

87 En este sentido De Olazabal, Julio, *Suspensión del proceso a prueba*, op. Cit., p. 20.

88 Cfr. al respecto op. Cit. de De Olazabal, pp. 22-23.

los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena,⁸⁹ 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 oportuno que conjuntamente con la solicitud se presente el detalle de las condiciones que estaría dispuesto a cumplir el imputado, dada la naturaleza voluntaria del instituto). Ese plan podría consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño infligido 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.⁹⁰ 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,⁹¹ por lo que todas las medidas que se tomen serán impuestas a una persona jurídicamente inocente.

89 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).

90 Véase Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, op. Cit. p. 93 y ss.

91 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;⁹² 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;⁹³ c) decisión de la víctima sobre la aceptación o rechazo de la reparación ofrecida;⁹⁴ d) toma de posición del fiscal sobre la procedencia de la medida;⁹⁵ e) verificados todos los requisitos, el dictado de la resolución que ordena la suspensión condicional del proceso,⁹⁶ en que se fijarán las condiciones conforme a las cuales se suspende el proceso, las cuales no pueden tener un plazo menor de un año ni superior de tres;⁹⁷ si no es así debe rechazar la solicitud. Esto

92 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

93 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.

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

95 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.

96 Los efectos de la resolución que concede la suspensión a prueba son los siguientes: A) Detención del curso del proceso por el plazo de duración del régimen de prueba. Una vez acordada la suspensión, el fiscal ve limitadas sus facultades de investigación. Sin embargo, según dispone el artículo 289 CPP *“El Ministerio Público debe asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aun cuando se haya dictado la suspensión del procedimiento...”*. B) Suspensión de la prescripción. El art. 48 inc. 5) del 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 reanuda 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.

97 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 gra-

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);⁹⁸ 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 atribuye⁹⁹ (art. 40 párrafo 2º), aspecto este

vosas que las solicitadas. Sin embargo, bien podría fijar otras – menos gravosas – que cumplan de mejor manera los objetivos de la suspensión.

- 98 Es recomendable la existencia de una oficina especializada de control administrativo para facilitar el cumplimiento de las medidas.
- 99 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 retorne contra el supuesto autor el ejercicio de la acción penal” Maier citado por Marino, Esteban. “Suspensión del procedimiento a prueba”, en AA. VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Maier, Julio B. J. -compilador-, 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.

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.

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.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹

Tal postura no es incompatible con lo que aquí se sostiene, porque bastaría para darle legitimidad que el imputado consintiera libre y voluntariamente dichas restricciones). En todo caso, cabe decir que el Ministerio Público tiene la facultad de asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, 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.

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

101 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.).

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.¹⁰² 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.¹⁰³

Podría surgir un problema en la práctica si para dilucidar el incumplimiento o no de las reglas de conducta se tuviera que recibir prueba. El problema se agravaría si el incumplimiento de la regla constituyera por sí mismo un delito, ya que se plantearía la interrogante si la audiencia que realiza el Tribunal estaría adelantando, en cierta manera, el proceso por el otro ilícito. No parece que haya problema para recibir esa prueba, ya que lo allí dispuesto no hace cosa juzgada con respecto al otro proceso instaurado y es únicamente una diligencia para efectos de la suspensión condicional del proceso.

Por último, si el imputado que se vio favorecido por la suspensión fuere privado de su libertad debido a la existencia de otro proceso, entonces podrá suspenderse el plazo de prueba.¹⁰⁴ 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,

102 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.

103 García Aguilar, Rosaura, *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*, op. Cit. pp. 146-147.

104 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 Rodríguez, Javier, *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., p. 100.

aun si se vence el plazo de prueba, sino hasta que quede firme la resolución que lo exima de responsabilidad por el nuevo proceso.

Este artículo lleva a reflexionar que el Código Procesal Penal ha dejado de lado el supuesto en que el imputado se encuentra en prisión preventiva por otro delito, al momento de solicitar la aplicación de la suspensión condicional del proceso. En este caso, según el principio de interpretación restrictiva no se le podría prohibir una suspensión a pesar de que esté preso, siempre y cuando se establezca que está en posibilidad de cumplir con sus compromisos. El problema real que surge es que el plazo de suspensión estaría suspendido por orden del art. 43 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 abreviado*¹⁰⁵

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.¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷

El desarrollo de este tipo de medidas deriva del sorprendente prestigio e incorporación que ha tenido el derecho procesal norteamericano en Europa y

105 Ver artículos 363 y siguientes del CPP dominicano.

106 En este sentido: Cafferata Nores, José I., "Juicio Penal Abreviado", en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio, 1996, Año 8, N°11, p. 3.

107 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 garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, p. 51; Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, p. 310.

de ahí en América Latina,¹⁰⁸ en particular la práctica del *plea bargaining*,¹⁰⁹

- 108 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”, en 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.
- 109 Barbosa Moreira hace una síntesis de las posibles reacciones que tiene el imputado al indictment (decisión por la que el grand jury formaliza la acusación) dentro sistema norteamericano en los siguientes términos: “El acusado responde a la acusación por medio de un plea; su respuesta puede consistir no solamente en una declaración de ser culpable (guilty plea) o inocente (plea of not guilty), sino que también se le permite responder sencillamente, “nolo contendere” –expresión latina que significa “no quiero contestar (la acusación)” –. En el Derecho federal, toda esta materia está reglada por las Federal Rules of Criminal Procedure: las nociones expuestas no son puras creaciones doctrinales o jurisprudenciales. [...]La inmensa mayoría de los acusados se declaran culpados; por consiguiente, es ínfimo el número de procesos penales que se prolongan hasta el trial [...]. Eso se debe principalmente a la práctica muy difundida del plea bargaining, una negociación entre el prosecutor y el acusado (rectius: y su defensor), mediante la cual se busca el consenso de las partes acerca de la pena que será aplicada. Para el acusado, la ventaja habitual consiste en que, si concuerda en declararse culpable, el prosecutor propone al juez (y éste por regla general asiente) la aplicación de una pena menos severa que 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”, en 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

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 hechos que se admiten, ni tampoco está permitido suprimir hechos o calificaciones legales.¹¹⁰

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*”.¹¹¹ A su respecto, nos

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 Publicaciones, 1999, pp. 23-123. Números autores que han tratado el derecho angloamericano (entre ellos Brown, Carp- Stidhman, Daley, Frankel, Van Kessel, Zimring y Frase, y en lengua española Barno Vilar, entre muchos otros) han criticado el *plea bargaining*, tanto desde la perspectiva garantista cuanto desde una perspectiva de defensa social, y nos advierten de los altos riesgos que implica su adopción. Van Kessel incluso llega calificar la presión que se ejerce sobre el acusado para que se declare culpable como “the modern form of judicallly 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 fuerte 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.

110 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.

111 Salazar Murillo, Ronald, *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justi-*

advierde Luis Paulino Mora Mora: “es indudable que la disminución de garantías que conlleva ese diseño procesal hace que debamos extremar los controles y exigencias para que en aras de una mayor eficiencia no se desconozcan los derechos que con tanto sudor, lágrimas y sangre se han logrado a favor de los sometidos al proceso. La eficiencia no puede justificar el fallo arbitrario o inmotivado y menos la posibilidad del error judicial”¹¹²

Según lo que establece el código, hasta antes de que se ordene la apertura a juicio,¹¹³ el Ministerio Público o la Defensa,¹¹⁴ pueden solicitar la aplicación

cia 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.

- 112 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 Oportunidad 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 y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 433 -452.

- 113 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.

- 114 Cfr. 299.6 C.P.P.

del juicio abreviado. El acuerdo sobre el juicio abreviado puede ser pleno o bien parcial.¹¹⁵

En el primero, cuando se trate de un hecho con pena máxima inferior a cinco años de privación de libertad,¹¹⁶ y el imputado admita el hecho¹¹⁷ (previa acreditación del consentimiento por parte del defensor), el Ministerio Público acusa¹¹⁸ indicando una pena concreta – la cual no puede superar el juez en su resolución -.¹¹⁹ Condición para que se condene 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 acepta-

- 115 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.
- 116 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.
- 117 Salvo en el caso de inadmisibilidad, esta declaración tiene la naturaleza de una confesión, por lo que el imputado debe ser plenamente consciente de las renunciaciones 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.
- 118 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.
- 119 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.

ción 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,¹²⁰ y emite la resolución que corresponda, absolviendo¹²¹ o condenando¹²² y dictaminando sobre los intereses civiles. Lo resuelto es susceptible del recurso de apelación de conformidad con las disposiciones del C.P.P.¹²³

120 En este caso el querellante, el ministerio público y el imputado. Cabe llamar la atención de que el código no contempla la necesidad de escuchar a las partes civiles (actor y demandado civil), especialmente al demandado civil, ya que si en sentencia se declarara la existencia de los hechos acusados no se le estaría dando a éste la posibilidad de combatir la comisión de los hechos por el imputado. Ante esto, podría interpretarse a la luz de los artículos 131 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.).

121 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, 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.

122 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.

123 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.

Conclusiones y recomendaciones

Según hemos venido analizando, el actual Código Procesal Penal de nuestro país se involucra dentro de una corriente garantista y democrática, respetuosa de los derechos fundamentales de los individuos, básica para un Estado de Derecho.

Ante ello, los mecanismos o procedimientos alternativos constituyen un aspecto relevante de los fines y principios que se han establecido para el proceso penal, especialmente la “solución del conflicto” que el artículo sétimo 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

- AAVV. *De los delitos y de las víctimas*, Maier, Julio B. J. -Compilador-, Ad Hoc, 1° edición, 1992, Buenos Aires, Argentina, 316 p.
- AAVV. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Lascano, Carlos -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*, 1° 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*, 1ª edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 411 p.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, 2ª 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*, 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, 282 p.
- Cortés Coto, Ronald, *La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal*, 1º 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*, 1º 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 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*. 1º 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*, 1º 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 B. J., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., Tomo I, 2ª edición, 1996, 918 p.
- Maier, Julio y Bovino, 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*, 1º edición, CONAMAJ, San José, 2002, 248 p.
- Neuman, Elias, *Mediación y Conciliación Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 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 25ª 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 garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, 1º 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 Martínez, 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, Eugenio Raúl (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*, 1° 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”, en *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”, en *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”, en *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”, en *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”, en *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”, en 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”, en 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, en 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”, en 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”, en Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 63-73.
- González Alvarez, Daniel, “La conciliación penal en Iberoamérica”, en 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”, en 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” en 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.”, en 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”, en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, pp. 47-64.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Dölling, Dieter, *El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán*. Traducción realizada por José Hurtado Pozo y Aldo Figueroa Navarro. Disponible en World Wide Web: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf (Accedido el 18-11-04).

Frehsee, Detlev, *Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications*. Disponible en World Wide Web: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/fresheemacro.pdf) (Accedido el 14-12-04).

Hartmann, Ute I., *Victim-Offender Reconciliation with Adult Offenders in Germany*. Disponible en World Wide Web: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/fresheemacro.pdf) . (Accedido el 14-12-04).

Ocrospoma Pella, Enrique. *La reparación penal*. [en línea] Setiembre 2002. Disponible en World Wide Web: <http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0151.htm> (Accedido el 18-11-2004).

Schünemann, Bernd, *The role of the Victim Within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept*. Disponible en World Wide Web: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/schuenemann.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/schuenemann.pdf) (Accedido el 18-11-2004).

En la región latinoamericana, desde comienzo de los años noventa, tiene inicio la reforma de la justicia penal, la “gran reforma del siglo XX”. Se trata de un proceso que implica la transformación del sistema de justicia penal en cada uno de sus componentes, la policía (en el área de la investigación criminal), la reforma de la legislación penal sustantiva, la justicia procesal penal (determina la transición de un modelo procesal inquisitorial al modelo procesal acusatorio) y la legislación penitenciaria. Precisamente, *Luces y sombras de los procedimientos penales en América Latina*, es una obra producto de una investigación científica que toma, veinticinco años después de iniciada, el pulso (marchas y contramarchas) de esta reforma de la justicia penal, en temas sensibles para la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, a saber: la justicia negociada, las disfuncionalidades que se presentan en la etapa de investigación, la prueba de los indicios, la protección del imputado frente a las injerencias indebidas en su ámbito privado, la prisión preventiva, los problemas de las técnicas de la litigación oral y las impugnaciones.



INEJ
Fundado en 1995

21
AÑOS
1995-2016
INEJ