

Sistema Penal Acusatorio. Aspectos problemáticos

The system of penal prosecution: problematic aspects

BERND SCHÜNEMANN*

Fecha de recibido: 10 octubre 2007
Fecha de aprobación: 17 octubre 2007

Resumen

El presente artículo analiza, desde una perspectiva crítica, las características del modelo acusatorio, tanto en la implementación en América Latina como en algunos países de Europa. Sin embargo, más allá de la caracterización y las fortalezas de este sistema, se explora y propone que la imposición del modelo representa en realidad un déficit de Estado de Derecho del modelo norteamericano, cuyos efectos pueden ser contraproducentes para nuestras sociedades en el futuro.

Palabras clave

Sistema penal, sistema acusatorio, derecho penal.

* Catedrático de la Universidad de Múnich, Alemania. Artículo de reflexiones original sobre el tema sistema penal acusatorio.

Abstract

This article analyses, from a critical perspective, the characteristics of the implementation of the prosecution model in Latin America, as well as in some European countries. However, beyond the characterisation and the strengths of the system of prosecution it explores and suggests that the imposition of the model represents in reality a deficit of the North American model of the constitutional state. In the future, the effects of this deficit could be counterproductive to our societies.

Keywords

Penal system, system of prosecution, penal law.

I.

Cuando hace quince años formulé la pregunta en las Jornadas del Consejo General del Poder Judicial español acerca de si nos hallamos frente a una marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo, debí de poseer dotes de profeta. En efecto, desde entonces no sólo se ha ido extendiendo cada vez más en el continente europeo la institución más importante del procedimiento penal norteamericano, el plea bargaining, sino también la reforma del procedimiento penal en Latinoamérica, –necesaria desde hace mucho tiempo– se ha dejado llevar fuertemente por la vía del modelo de procedimiento de los Estados Unidos. Si uno se pregunta por los motivos para ello, no se puede negar que el procedimiento de partes o acusatorio presenta ventajas esenciales cuando se compara el procedimiento de partes norteamericano con el antiguo procedimiento inquisitivo en Latinoamérica, en parte aún vigente. Especialmente, el estadounidense respeta al máximo la posición de sujeto del imputado. Ello corresponde de un modo óptimo a la imagen del individuo de una constitución moderna democrática y al ideal de Estado de Derecho del fair trial. Sin embargo, los dos errores fundamentales de

construcción del antiguo proceso inquisitivo, esto es, la identidad de las autoridades que investigan con las autoridades que juzgan, como también la negación de la posición de sujeto del imputado, han sido corregidos en el continente europeo en la primera mitad del siglo XIX, en el denominado procedimiento penal reformado. Y de ahí que ya hace pocas décadas dominara completamente la opinión en Europa de que el compromiso hallado de este modo entre el puro proceso de partes y el antiguo proceso inquisitivo sería altamente superior al procedimiento norteamericano acusatorio. Por eso, para la actual marcha triunfal del proceso penal de Estados Unidos deben existir otras razones. En mi opinión, ellas consisten justamente en los déficits de Estado de Derecho del modelo norteamericano (lo que a primera vista parece paradójico). En efecto, detrás de la fachada brillante del proceso ideal de partes, éste practica para más del 90% de los casos algo diferente: una rápida condena impuesta por las autoridades encargadas de la investigación sin que exista un control judicial serio. Por consiguiente, no la fuerza de Estado de Derecho sino, justamente a la inversa, sus debilidades, convierten hoy día al sistema norteamericano en tan atractivo para los órganos europeos de persecución penal y para la

legislación que posee su influencia. Por la misma razón, la crítica básica que articula mi colega argentino Binder al sistema inquisitivo en innumerables publicaciones, encuentra aplicación en el antiguo procedimiento inquisitivo, pero no en el procedimiento penal actual europeo. Y, en mi opinión, sería un gran error si se intentara deducir de las tesis de Binder la conclusión para la reforma procesal en Latinoamérica de que debiera ser adoptado el sistema norteamericano. En efecto, este sistema, detrás de la fachada del tribunal de jurados, acaba profundamente en la práctica en el antiguo proceso inquisitivo, y sus bases teóricas tampoco soportan un examen crítico. Ello lo quiero fundamentar muy brevemente a continuación.

II.

Comenzaré con la fachada del modelo norteamericano, que se asienta sobre dos pilares: el juicio oral ante el tribunal de jurados y su realización a través del llamado principio adversativo o de contradicción. El primer pilar, esto es, que la condena sólo pueda basarse en aquella práctica de la prueba que se lleva a cabo en un juicio oral y público, se impuso ya en el siglo XIX en Europa. Sobre el desarrollo, por esta razón casi paradójica, de que este pilar ya en los últimos años haya empezado a tambalearse y que se derrumbara en gran parte en los Estados Unidos, volveré más adelante. Independientemente de esta paradoja, la respuesta a la pregunta de si es preferible el modelo norteamericano, depende del segundo pilar, es decir, de si la construcción adversativa del juicio oral es preferible a la construcción inquisitiva dominante en Europa. En la construcción inquisitiva el juez determina la operación probatoria y la practica él mismo después de haber alcanzado los conocimientos necesarios a través de la lectura del expediente de investigación, el cual le es enviado por el Ministerio Fiscal junto al escrito de acusación. Por el contrario, en la construcción

adversativa o contradictoria, los medios de prueba son escogidos por el Ministerio Fiscal o por la defensa, que son quienes llevan a cabo las diligencias probatorias, es decir, interrogar a sus propios testigos y someter a los testigos presentados por la parte contraria al interrogatorio cruzado. El juez se limita a presenciar como espectador y oyente la práctica de la prueba, sin conocer los expedientes de investigación ni tener la posibilidad de plantear preguntas complementarias.

La confrontación tradicional entre los modelos acusatorio e inquisitivo plantea dos problemas fundamentales: por una parte, al hablar de confrontación se piensa en tipos ideales, en el sentido de Max Weber, que nunca se dan de forma pura, sino que en las leyes de enjuiciamiento de los distintos países por regla general se dan de forma mixta, en los cuales se combinan elementos inquisitivos y acusatorios. Por otra parte, la distinción entre estos modelos se ha desarrollado a partir de la estructura del juicio oral, tomada como centro del proceso penal. Toda esta diferenciación pierde importancia debido a la tendencia que domina actualmente en todo el mundo en el desarrollo del juicio oral, consistente en hacerlo retroceder, llegando incluso a suprimirlo en la mayoría de los casos, y la continuada focalización de la discusión en estos diferentes modelos amenaza incluso con degenerar en una especie de "discusión fantasma": se discute sobre cuestiones que tan sólo tienen una importancia de segunda fila para el proceso penal moderno.

En realidad, en toda la historia del derecho estos dos modelos diferentes nunca se han dado de forma totalmente pura. En el proceso inquisitivo puro, el imputado sólo es el objeto de un proceso que desde el principio hasta el final está controlado por el juez, quien se encarga tanto de dirigir la investigación como de dictar la sentencia. Incluso el proceso inquisitivo que regía en el continente europeo hasta la Revolución Francesa practicó este modelo solamente de forma limitada. Pues, por

ejemplo, el imputado sí que poseía unos ciertos derechos, aunque sin duda alguna fueran escasos, como por ejemplo el derecho de apelación ante el monarca; y a menudo estaban separadas las funciones del juez encargado de la investigación y del juez que dictaba la sentencia, recogiendo las investigaciones de forma escrita y teniendo que ser enviadas para su decisión a una instancia superior, que en Alemania, en no pocas ocasiones, hizo las veces de facultad jurídica.

El modelo contrapuesto del proceso de parte se practicó en su forma pura en Inglaterra, donde el proceso penal, del mismo modo que el civil, básicamente consistía en una vista oral, en la que dos partes iguales en derechos se sometían a un juez completamente neutral.

Aproximadamente desde el año 1800, ambos tipos ideales han continuado desarrollándose en todo el mundo, hasta las más diversas mezclas de los tipos, en lo que el debate internacional ha estado dominado a lo largo de doscientos años por la cuestión sobre la estructura del juicio oral. Hasta el momento, la idea del juicio oral como centro exclusivo de la investigación y la decisión del proceso penal ha emprendido una marcha triunfal a nivel mundial, y en el marco de este modelo del "proceso penal centrado en el juicio oral" rivalizan ambas formas diferentes de estructura, que en los Estados Unidos se caracterizan como modelo inquisitivo o adversativo y se distinguen por la posición que ocupa el juez.

De acuerdo con lo anterior, se habla de modelo adversativo (o acusatorio) cuando el juez no conoce las diligencias sumariales y la práctica de la prueba se lleva a cabo exclusivamente por la parte acusadora y por la defensa, como es el caso en el juicio oral estadounidense. El modelo inquisitivo no se diferencia por la supresión del papel del imputado, sino porque en principio en el juicio oral el juez dirige la práctica de la prueba, o sea, toma declaración a los testigos personalmente,

que conoce las diligencias del sumario. Debido a este conocimiento también es responsable de que todos los medios de prueba importantes sean formulados. Este modelo se ha puesto en práctica de la forma más pura en el juicio oral alemán. Debido a la posición inquisitiva del juez se puede hablar aquí de que se trata de la investigación de la verdad material. Por el contrario, en el proceso estadounidense adversativo (o acusatorio) el juez siempre puede encontrar tan sólo la verdad formal, entendida en el sentido de que sus informaciones dependen de lo que las partes presentan ante él, y por eso mismo, su sentencia siempre puede ser sólo relativamente cierta en relación con lo que las partes han introducido en el proceso.

3.

En el debate de las últimas décadas, el primer plano lo ha ocupado sin excepción, qué ventajas e inconvenientes posee el proceso acusatorio (o también adversativo) debido a esta estructura de juicio oral para el descubrimiento de la verdad por un lado o para la justicia del proceso por otro lado. Dos cuestiones centrales, que realmente se plantean desde hace muchas décadas para el proceso estadounidense, han pasado inadvertidas por regla general: es decir, en primer lugar la cuestión sobre los requisitos sociológicos para un proceso de parte justo y en segundo lugar, la cuestión de si después de todo todavía existe el proceso penal estadounidense como caso normal del procedimiento penal.

a)

Es evidente que en el proceso acusatorio el imputado adquiere una posición más fuerte en el juicio oral, como consecuencia de la completa igualdad de armas, que a primera vista, es la que mejor concuerda con el ideal de proceso justo. Pero del mismo modo, también es evidente que en la práctica, este papel teórico sólo puede llegar

a hacerse efectivo cuando de hecho el imputado posee también suficientes posibilidades para la facilitación de la prueba que él considera importante. Sin embargo, desde un punto de vista real, esto requiere una serie de capacidades del imputado que me gustaría denominar "competencias sociales" y que solamente pueden encontrarse a partir de un cierto nivel económico y cultural.

Investigaciones sociológicas han demostrado que los pertenecientes a las capas más bajas de la sociedad entienden el derecho del Estado sólo de forma limitada, y que debido a su insuficiente formación no están en condiciones de ejercer correctamente sus derechos, además, en todo caso carecen de las condiciones económicas necesarias para ejercerlos a tiempo. Por esto, el proceso acusatorio realmente es viable de una forma justa sólo en el marco de un determinado estrato social homogéneo, lo que se pone de manifiesto más claramente en el ámbito de la delincuencia económica. Aquí los imputados tienen una elevada competencia social y unas posibilidades económicas prácticamente ilimitadas, por eso también pueden defender su exigente papel de forma eficaz.

El día a día de la justicia penal no está caracterizado por la delincuencia económica, sino por la delincuencia de las clases más bajas, en la que aunque teóricamente se puede otorgar a los imputados una buena posición jurídica, éstos no están ni mucho menos en condiciones de defenderla adecuadamente. Por eso, en realidad el proceso acusatorio desempeña tan sólo un papel simbólico en este ámbito. En sociedades en las que no sólo el día a día de la justicia penal, sino la mayor parte de la misma está dominada por este tipo de delincuencia, la introducción del proceso acusatorio no supone un aumento de la justicia, sino en realidad una falacia.

Pero lo que habla decisivamente en contra la adopción del proceso acusatorio es que en su país de origen, los Estados Unidos, en su mayor

parte haya sido sustituido por el antiguo proceso inquisitivo y se encuentre más en los manuales y en las series televisivas que en la realidad del procedimiento penal. Con esto quiero decir que la supresión de la mayor parte del juicio oral y su sustitución por el *plea bargaining*, caracteriza en los Estados Unidos a más del noventa por ciento de los procesos penales. Pues en realidad, allí todo el proceso está representado por el procedimiento de investigación. Por otra parte, este procedimiento está completamente controlado por la policía, de modo que en realidad en los Estados Unidos se está presentando una vuelta al clásico proceso inquisitivo. Este retorno tan sólo se disimula mediante el proceso acusatorio, pero como consecuencia de ello la introducción del modelo acusatorio no supone un verdadero progreso en la legalidad del Estado, sino tan sólo la ocultación de un paso atrás en el proceso inquisitivo.

Como consecuencia de esto, en la forma moderna del proceso acusatorio, en la que el juicio oral ha sido considerablemente sustituido en la práctica por el *plea bargaining*, y con ello por un acuerdo de sentencia, a la posición jurídica del imputado le corresponde, sin embargo, una trascendencia especial. Pero lo mismo vale también entonces, cuando excepcionalmente se produce un juicio oral íntegro. Pues en el proceso de partes la base para que el juicio oral sea justo consiste en la igualdad de armas de las partes, y ésta igualdad no se produce simplemente por la igualdad formal de derechos durante el juicio oral, sino que depende de las posibilidades reales que hay de ejercer los mismos. Pero de nuevo esto depende decisivamente de la distribución del poder en el procedimiento de investigación. Pues cuando el ministerio fiscal en el procedimiento de investigación posee un papel completamente dominante, y cuando entonces en el procedimiento de investigación el imputado está del todo a merced del poder de la fiscalía, esta impotencia ya no puede ser compensada en el juicio oral. De ello se deduce que en el proceso acusatorio tanto la

posición del imputado como sujeto del proceso, dotado de derechos propios, como el control de la actividad investigadora por parte del ministerio fiscal, poseen una importancia aun mayor.

El punto crítico para la distribución del poder en el proceso pena lo representa sin duda alguna la prisión provisional. Cuando se priva de su libertad al imputado durante el procedimiento de investigación, de forma que en el fondo no sólo se tiene una anticipación de la privación de libertad como probable pena posterior, además las posibilidades de defensa del imputado se dificultan por la prisión provisional de una forma tan considerable, que éste prácticamente ha perdido el proceso y queda a expensas del intento de conseguir una sentencia más benigna en un *plea bargaining*. Esto se pone especialmente de manifiesto en Alemania, donde se dispone la prisión provisional por parte del ministerio fiscal de una forma completamente calculada como medio para arrancar una confesión y un acuerdo de sentencia. Como consecuencia de ello, los preceptos que disponen cuándo puede decretarse prisión provisional y quién posee la competencia para dictaminarla, sencillamente poseen un significado primordial para todo el sistema de poder en el proceso penal. Me gustaría extraer aquí una teoría paralela a la teoría del Estado de los estados autoritarios, que se resume con la frase del famoso y controvertido filósofo alemán Carl Schmitt: "soberano es quien decide sobre el estado de excepción". Lo mismo se puede decir del proceso penal: señor del proceso penal es quien decide sobre la prisión provisional.

Por este motivo, tiene que ser analizada con especial cuidado la legislación colombiana más reciente sobre la ampliación de la prisión provisional y la transferencia al ministerio fiscal de parte de la competencia para decretarla.

Las nuevas facultades del fiscal general del Estado para ordenar la prisión preventiva, conferidas por

el Artículo 21 de la Ley 1142, necesitan ser examinadas de forma especialmente exhaustiva.

Esta norma fue declarada anticonstitucional por la sentencia C-730 de 2005 del Tribunal Constitucional de Colombia, aunque, entiéndase correctamente, no lo fue por motivos de competencia. Pues la Constitución Política de Colombia, en el Artículo 250.1, contempla expresamente que la ley puede otorgar al fiscal general la competencia para ordenar la prisión: por eso, la nueva ley se ha esforzado por precisar lo dispuesto en este artículo. En lugar de "fundados motivos" para ordenar la prisión, lo que ahora se dispone es una enumeración de los motivos para ordenarla, en lugar de hacer referencia a la imposibilidad, o lo que es lo mismo, a la dificultad excesiva para conseguir un juez, ahora se habla de fuerza mayor. Con esto quedarían satisfechos la Constitución y el Convenio Americano de Derechos Humanos de San José, Pues el Artículo 7.5 de este texto solamente estipula que toda persona detenida ha de presentarse sin demora ante la presencia de un juez o de otro funcionario con funciones judiciales. Esto también lo cumple la nueva ley colombiana, que establece para ello un plazo de 36 horas (al final del Art. 21).

Tras valorar la Ley 1142, llego a la siguiente conclusión:

a) A primera vista es inconcebible la transferencia de una competencia para la disposición provisional de la prisión preventiva, porque el juez tiene que tomar la decisión definitiva en un plazo breve. Pero esto vale solamente desde una perspectiva teórica, pues desde un punto de vista práctico se muestra, en especial a través de las experiencias empíricas con el proceso penal alemán, que en la gran mayoría de los casos, la disposición provisional de la prisión tiene los efectos de una *Self-Fulfilling Prophecy*: en los tribunales existe una tendencia enormemente fuerte a confirmar la prisión preven-

tiva ya decretada. Lo que solamente es una mera medida preventiva; de hecho presagia ya en la mayoría de los casos la decisión definitiva.

La Ley 1142 ha tenido en cuenta estas consideraciones limitando la competencia de la fiscalía para ordenar provisionalmente sólo a los casos excepcionalmente extremos. Corresponderá a la jurisprudencia procurar que se haga uso de esta competencia sólo en casos excepcionalmente extremos y que, en la práctica, la retórica de la "violencia extrema" no se desnaturalice, convirtiéndose en una excusa cotidiana. Además, Para crear una garantía en los entramados del proceso de parte, tiene que haber una sanción para el caso de que el ministerio fiscal haya afirmado la medida urgente injustamente. Según mi opinión, esta compensación sólo puede consistir en que la utilización contraria a derecho de una medida urgente por el ministerio fiscal esté provista de las consecuencias jurídicas de que en todo caso posteriormente el imputado tenga que ser puesto en libertad y que de este modo, entonces, el juez no pueda seguir imponiendo la prisión preventiva por otros motivos.

b) Pero según mis consideraciones, es igualmente importante la determinación de las condiciones materiales para la prisión preventiva, porque el reparto del poder en el proceso penal depende decisivamente de ella. Para comenzar con la competencia más delicada en la nueva ley colombiana: el requisito del simple "peligro para la comunidad", redactado de esta forma este requisito es completamente inaceptable en un estado de derecho y por tanto anticonstitucional, según mi parecer, debido a tres motivos independientes entre sí.

- Para empezar, la fórmula general utilizada en su redacción es tan indeterminada que resulta inaceptable como requisito para una intromisión en la libertad del ciudadano.

- En segundo lugar, según la ley colombiana, se deriva solamente de la sospecha en relación con los actos preparatorios, sin que tengan que ser aducidos ulteriores requisitos. Esta sospecha ante todo es precisamente sólo una mera sospecha, así que uno choca contra la presunción de inocencia si basándose en esta mera sospecha ordena una medida que ya no se puede anular, como la privación de la libertad. La disposición significaría una lesión de la presunción de inocencia simplemente por la sospecha del delito prematuro según el artículo 8.2. del Convenio Americano para los Derechos Humanos y el Artículo 29 de la Constitución colombiana. Esto sería de otra forma, solamente cuando a esta sospecha llegaran graves hechos posteriores, que constituyen un serio peligro de inmediatos delitos graves posteriores del imputado. Pero entonces, esto tiene limitarse de dos maneras de acuerdo al estado de derecho. Por una parte, será válido solamente para hechos delitos graves, contra los cuales la sociedad tiene que protegerse sobre todo preventivamente. O sea, que se tendría que redactar un catálogo extraordinario de estos delitos graves directamente en la ley. En segundo lugar, tienen que poderse determinarse otros delitos graves adicionales que constituyan un peligro de reincidencia similar. Esto se puede afirmar solamente en dos casos, es decir, primero en los delitos de agresiones sexuales con la presunción de una estructura patológica de la personalidad del autor; o segundo, si el autor ya es fundadamente sospechoso de numerosos delitos en serie en los que es evidente el peligro de una reincidencia.

c) Entonces, a partir de esta estrecha determinación de los requisitos de la prisión preventiva por peligro de reincidencia, también se dan las consecuencias para una estrecha fijación de la competencia para ordenarla. Un caso de violencia

extrema que provocara la competencia del ministerio fiscal para disponer de esta competencia, en estos casos es sólo imaginable si adicionalmente existiera peligro de fuga. Pues si no, no se puede entender, por qué motivo no tendría que ser posible una orden dada a tiempo por el juez. De esto se deduce que el motivo del peligro de reincidencia no puede constituir una competencia autónoma de la fiscalía para ordenarla, sino sólo en conexión con el peligro de huida. Por eso según mi opinión, el tribunal constitucional colombiano tendría que declarar que el Artículo 24 de la Ley 1142 tiene que ser interpretado de forma restrictiva, que el ministerio fiscal está capacitado para decretar la prisión provisional por peligro de reincidencia, sólo en el caso de que además haya peligro de fuga.

d) Lo que se desprende de este análisis constitucional, lógicamente vale sobre todo para el postulado que he desarrollado, de que la fiscalía en el proceso acusatorio, dentro del proceso de investigación, no debe poseer una superioridad demasiado grande. Tal como lo regula la ley colombiana 1142, se desarrollaría exactamente esta posición de superioridad del ministerio fiscal y con ello, todo el proceso penal perdería su equilibrio. Por eso, las limitaciones a esta ley que he esquematizado tienen que derivarse de las condiciones implícitas de imparcialidad del proceso penal acusatorio y por ello están constitucionalmente justificadas de doble manera.

III.

De ello se deduce que el modelo procesal del juicio oral ha de ser escogido empleando, en primer lugar, el criterio de la idoneidad para el descubrimiento de la verdad material. Desde este punto de vista el modelo norteamericano puramente adversativo o acusatorio tiene defectos fundamentales, los cuales, por así decirlo, se confirman a través de la alternativa del tribunal de jurados.

Si bien a menudo se escucha la tesis de que justamente el modelo adversativo o acusatorio con su institucionalización de tesis y antítesis es el más apto para dar a luz a la verdad como síntesis; no obstante esto es evidentemente falso desde el aspecto teórico informativo y psicológico informativo, y dicha falsedad es demostrable incluso en tres niveles distintos.

a) Esta primera causa de desorientación se asienta en el nivel de las partes, que determinan, tanto la extensión, como el contenido de la práctica de la prueba, y en esto no se dejan guiar por el puro objetivo del descubrimiento de la verdad, sino por objetivos estratégicos. Por ejemplo, puede existir un testigo importante pero ambivalente que no es llamado ni por el ministerio fiscal ni por la defensa, porque ambos temen el riesgo de que su declaración finalmente les perjudique. Pero una práctica de la prueba incompleta no puede llevar nunca al resultado de la verdad material, porque el concepto de verdad, fuera de las relaciones explicables de forma exacta científico-naturalmente, requiere la consideración de la totalidad de las fuentes de conocimiento. Este primer y fundamental defecto del juicio oral adversativo o contradictorio puede ser denominado como el dilema entre estrategia y descubrimiento de la verdad.

b) En el segundo nivel se trata de –como yo lo quiero denominar– un dilema hermenéutico. El sentido completo de una pregunta no se establece de forma acabada con las palabras utilizadas para formularla, sino que depende del entendimiento previo de la persona que pregunta, que a su vez interpreta las respuestas en el marco de ese entendimiento. De ello deriva necesariamente en el curso del juicio oral una discrepancia creciente entre el horizonte de entendimiento de las partes y el del juez. La única posibilidad de hacer tal discrepancia reconocible y con ello suprimirla consiste en una comunicación entre las partes intervinientes sobre el contenido de la práctica

de la prueba y sobre su comprensión. Pero un juez que presencia la práctica de la prueba como oyente y espectador mudo permanece fuera de este círculo de comunicación necesario, de forma que su entendimiento se convierte cada vez más en un factor casual incalculable.

c) En el tercer nivel se añade el dilema de Lohengrin, tal y como lo quiero llamar refiriéndome a la leyenda y conocida ópera de Richard Wagner. Es completamente inevitable que a un juez que lucha por encontrar la verdad y que tiene que presenciar el proceso como oyente mudo, se le ocurran una serie de preguntas adicionales, que no puede plantear por la prohibición de preguntar que le ha sido impuesta. Otra vez, fuera de los cursos explicables de forma exacta científiconatural, es imposible por definición encontrar la verdad si la persona a cargo de decidir sobre la verdad no puede tener en cuenta todos los puntos de vista que él considera relevantes. Esto no se modifica nada, en definitiva, mediante la existencia del juez profesional que sólo dirige el juicio y que tiene que dejar al jury que decida sobre la cuestión de la culpabilidad. Es verdad que el juez que dirige el juicio (*judge*) está facultado para formular preguntas adicionales. Pero como, a su vez, no puede decidir sobre la cuestión de la culpabilidad, continúa siendo que el tribunal que decide sobre la cuestión de la culpabilidad no posee una facultad propia de formular preguntas.

Por todo lo anterior, el modelo adversativo o contradictorio es apropiado sólo de forma limitada para averiguar la verdad y tiene sus ventajas justo donde se encuentran con un sentido de la justicia típico para los Estados Unidos: se trata de una competición justa entre dos adversarios en la que debe vencer el mejor. Si la consecuencia jurídica consistiera en que el perdedor, por ejemplo, el defensor, tuviera que correr con los gastos del proceso o se le impusiera un retroceso en el ranking de defensores, tampoco habría nada que objetar. Pero se trata de la imposición de una pena

criminal no contra uno de los dos contrincantes, sino contra el cliente del defensor, y el hecho de que el defensor fuera el peor luchador, naturalmente no constituye una legitimación seria para la punición del acusado.

De ello se deriva que el modelo adversativo o contradictorio no puede solucionar satisfactoriamente la tarea principal del juicio oral, es decir, el descubrimiento de la verdad. Puesto que el tribunal no puede garantizar la totalidad de la práctica de la prueba y no está en situación de llenar las lagunas del interrogatorio a través de preguntas propias, la sentencia (veredicto en inglés) puede no manifestar la verdad material del hecho sino la victoria de una u otra parte y, consecuentemente, no cumplir con el objetivo del proceso penal.

IV.

Así, el fin procesal de averiguar la verdad material se encuentra reducido a comprobar cuál contrincante ha triunfado, como si se tratara de un veredicto del árbitro en una pelea de boxeo. Ello se halla aún más pronunciado en otra característica especial del procedimiento penal norteamericano, que es la institución del guilty plea. Este constituye la base para el desarrollo del plea bargaining, el que actualmente predomina por completo en el proceso norteamericano.

A un proceso de partes en su forma radical pertenece la posibilidad de toda parte de reconocer de antemano la corrección del punto de vista jurídico de la parte contraria y, mediante ello, convertir en superfluo que el juez realice un examen. Para un proceso civil, esto es absolutamente normal. Así como todo ciudadano, en virtud de la autonomía de la voluntad puede obligarse por contrato a ofrecer cualquier prestación, también puede en un proceso civil, allanándose a la demanda, aceptar libremente la pretensión del demandante y, así someterse a la ulterior ejecución. Precisamente

esto es posible también en el procedimiento penal norteamericano. Ello se remonta a la anterior configuración del procedimiento en el *common law*, en el que, en definitiva, no se distinguía claramente entre proceso civil y penal. Así, el imputado puede declararse culpable desde el comienzo del proceso y, de este modo, desencadenar que el tribunal lo condene. Al tribunal no le corresponde más examen que el de verificar si la declaración de culpabilidad ha sido realizada sin que haya existido engaño o ejercicio ilegítimo de la fuerza. Este denominado *guilty plea* se distingue de un modo muy decisivo de la confesión del imputado característica del procedimiento penal europeo. El *guilty plea* contiene un derecho a disponer sobre el objeto del proceso, que es el reconocimiento de que la acusación que se dirige directamente a una condena es correcta. Por el contrario, la confesión es sólo un medio de prueba entre otros y no exonera al tribunal del deber de examinar con otros medios de prueba su autenticidad. Pero de mis consideraciones hechas al principio acerca de la relación entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal se desprende de un modo inmediato que el imputado no posee el derecho de disponer sobre el objeto del proceso penal, ya que sólo el Estado decide por sí mismo si se ha incurrido en una pena. Por consiguiente, condenar a alguien porque así lo desea, podría no corresponder con el fin de la pena y sería, en realidad, algo absurdo. Por eso, el instituto del *guilty plea* quiebra la relación de legitimación del proceso penal con el Derecho penal material y de ahí que nunca podrá constituir la base de una justa condena a una pena criminal.

Sin embargo, la institución del *guilty plea* no sólo impide que el proceso penal norteamericano sea justo desde una perspectiva teórica, sino también ha conducido en la práctica procesal a una revolución radical del proceso penal. Así, el juicio oral ante el tribunal de jurados ha sido eliminado en su mayor parte y ha sido reemplazado por un *guilty plea* del imputado, el que es “comprado” con una disminución de la pena, que al menos le

es así presentada. El método del *plea bargaining* desarrollado para esto posee aproximadamente cien años, pero fue considerado durante muchas décadas como muy dudoso jurídicamente, incluso en los Estados Unidos. Hasta que, finalmente, en los últimos treinta a cuarenta años fue declarado por la Corte Suprema de los Estados Unidos como compatible con el principio constitucional del proceso de Estado de Derecho (*due process of law*). Desde ese entonces, más del noventa por ciento de los procesos norteamericanos son desarrollados de modo que entre el ministerio fiscal y el defensor es acordado un *guilty plea*, “comprándose” el consentimiento del imputado mediante una disminución de la pena. Por cierto, la última parte del acuerdo total, es decir, llevar a cabo efectivamente la disminución de la pena, era lo más difícil de hacer en la práctica, ya que la medición de la pena le corresponde sólo al tribunal. A su vez, durante mucho tiempo éste ha estado sujeto considerablemente a las pautas sobre medición de la pena.

Pese a ello, ya anteriormente había medios y vías para eludir esa exacta sujeción querida por el legislador en la medición de la pena. Así, por ejemplo, declarando el *guilty plea* sólo para un delito menos grave que el requerido por el Ministerio fiscal. Sin embargo, hace poco tiempo, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional y, así, ineficaz, el efecto vinculante de las pautas de medición de la pena. Ahora dispone el juez nuevamente de un mayor arbitrio para la medición de la pena, que nuevamente le facilita recompensar un *guilty plea* del imputado con una pena inferior.

Las objeciones contra esta forma de procedimiento del *plea bargaining* son tan graves y numerosas que ni siquiera podría exponerlas por completo en una documento especial sobre el tema. Decisiva es la injusticia con respecto a aquel imputado que lucha por su inculpabilidad. También es decisivo el ejercicio de presión sobre el imputado, insoportable desde el punto de vista de un Estado

de Derecho y, finalmente, el dilema entre actuar con demasiada indulgencia frente al imputado o meramente simular una disminución drástica de la pena.

a) Cuando el *guilty plea* es recompensado con una reducción de la medida de la pena, esto significa que es penado mucho más severamente quien hace uso de su derecho a llevar a cabo un proceso penal y lucha por su inculpabilidad. En efecto, la cara inversa de la disminución de la pena es el aumento de pena en caso de una condena luego de un largo juicio oral. Por eso, el derecho del imputado de guardar silencio acerca de los reproches que se le hacen, es estructuralmente socavado.

b) Al mismo tiempo, se ejerce en el imputado una presión insoportable desde el punto de vista de un Estado de Derecho, cuando él se tiene que decir que puede ser castigado con un aumento casi doble de la pena si hace uso de su derecho de ir a un juicio oral.

c) Para que el imputado sea movido a un *guilty plea*, la disminución prometida de la pena debe ser considerable respecto a la que debe esperar en caso de una condena luego de realizar un juicio oral. Ello significa, en realidad, que no se aplica la pena que sería necesaria para proteger el bien jurídico por razones preventivo-generales, sino una mucho menor. Con esto, se desvirtúa a largo plazo la tarea de protección del Derecho penal. Si, a la inversa, sólo se le hace creer al imputado que se le hará una enorme disminución de la pena si efectúa un *guilty plea*, el Estado se convierte en culpable de un engaño por principio al imputado, lo que no puede ocurrir en un Estado de Derecho.

Finalmente, el instituto del *plea bargaining* posee aún otra consecuencia contraria a un Estado de Derecho, que es que continúa debilitándose la posición de aquel débil imputado que posee un estatus social bajo. Esto es evidente sin más conforme a la experiencia de la vida. Además, en los Estados

Unidos ha sido confirmado por muchos estudios empíricos que el resultado de un *plea bargaining* depende muy estrechamente de con cuánta intensidad representa el defensor los intereses de su cliente. De este modo se potencia, en realidad, el detrimento estructural en el proceso penal de personas que pertenecen a una clase social baja, que sólo son defendidas por un defensor oficial poco comprometido con sus intereses.

Como última consecuencia, habrá incluso que decir que mediante el *plea bargaining* se destruye nuevamente la posición de sujeto del imputado, lo que había sido una de las conquistas esenciales del proceso reformado en Europa. En efecto, el *plea bargaining* se realiza fundamentalmente sin la propia presencia del imputado, que es mediatizado aquí completamente por su abogado. Esto supone muy frecuentemente que el defensor sobrepase su rol, ya que le es destinada por el ministerio fiscal la tarea de movilizar al cliente a aceptar el resultado del *plea bargaining*. De este modo, el defensor actúa, en cierto modo, como autoridad de ayuda del ministerio fiscal.

Aquí he tratado sólo las objeciones más importantes contra la compatibilidad del *plea bargaining* con el principio de Estado de Derecho. Muchas otras podrían ser agregadas. El motivo de la introducción de esta figura tampoco consiste en la fuerza de convicción de su especial legitimidad, sino en la pura necesidad de la práctica, que con el lento e inflexible procedimiento del tribunal de jurados sencillamente no logra tratar el número de los procesos. En esto se muestra otra falencia del procedimiento adversativo o contradictorio ante el tribunal de jurados, ya que a raíz de su minuciosidad y lentitud desde el punto de vista de la práctica exigía ser corregido. El hecho de que esa corrección condujo a que el juicio oral fuera en su mayor parte eliminado, acaba en la paradoja de que el proceso de partes (especialmente de Estado de Derecho en opinión de muchos autores, inclusive de mi colega argentino Binder) por el

enorme aumento de la criminalidad en la sociedad industrial moderna no ha logrado satisfacer, en definitiva, las exigencias de la práctica. De este modo, ha conducido justamente a lo contrario, que es la eliminación del juicio oral en su mayor parte a través de la aceptación del imputado del resultado del procedimiento de investigación por vía del *plea bargaining*.

V. CONCLUSIONES

1. Como ya lo he mencionado al comienzo, es justamente este efecto tentador del *plea bargaining*, dudoso desde el punto de vista de un Estado de Derecho, el que ha producido la atractividad del proceso norteamericano en la reforma procesal penal actual en Europa. España ha extendido enormemente en los últimos años la forma especial de la conformidad, que antes se hallaba estrechamente limitada. Lo mismo vale para la forma italiana del *patteggiamento*, debiendo decirse que el proceso de partes introducido al mismo tiempo de acuerdo al modelo norteamericano, en Italia no funciona correctamente hasta ahora. También Francia introdujo por ley la posibilidad de un acuerdo sobre el resultado del proceso, y lo mismo ha ocurrido en Polonia donde, entretanto, las posibilidades de aplicación han sido aún más ampliadas mediante una ley modificatoria. También en Alemania, los tribunales han practicado siempre excesivamente los acuerdos informales (*Urteilsabsprachen*) desatendiendo el texto de la ley, surgiendo incluso una mezcla peculiar de ambos modelos de procesos. Es que, mientras que en los Estados Unidos de Norteamérica el ministerio fiscal es una parte que participa como interlocutor en el *plea bargaining*, en Alemania asume ese papel por lo general el mismo juez, quien así reúne en su persona cuatro distintas funciones procesales y, por así decirlo, avanza convirtiéndose en un déspota del proceso penal con demasiado poder. En efecto, él conduce el juicio oral y practica la prueba, pues al conocer la totalidad de las actas procesales se encuentra

en condiciones para ello; después decide sobre el fallo; y ahora, violando el texto de la ley, se ha adueñado del poder de celebrar un acuerdo con el defensor sobre el fallo.

2. La transformación europea del *plea bargaining* originariamente norteamericano deja reconocer dónde se halla la verdadera dinámica en el desarrollo global del proceso penal, que es en la supresión del juicio oral y público como centro de decisión, que ha constituido en los últimos doscientos años la única base de una condena a una pena criminal. Los Estados Unidos van a la vanguardia ya desde hace muchas décadas con la eliminación del juicio oral mediante el *plea bargaining* dominante en la práctica. En efecto, su modelo de proceso de partes con el instituto que existe en él del *guilty plea* tenía disponible los instrumentos jurídicos para ello. Además, el grupo de imputados se componía aún más claramente que en Europa mayormente por integrantes de color de la clase baja, cuya confianza en el sistema jurídico se encontraba tan reducido como su competencia social de acción, de modo que no se prometían utilidad alguna de la trabajosa ceremonia en el juicio oral ante el Jury. El hecho de que este modelo en Europa pudo conquistar la práctica, sin que existiera para ello una base en el modelo de proceso europeo, fue una consecuencia de la enorme sobrecarga de la justicia penal que resultó en las últimas décadas del brusco aumento de la criminalidad y, sobre todo, de los denominados "procesos-monstruo". Con ello se hace referencia a procesos penales económicos que duraban frecuentemente muchos meses, e incluso a veces años. Pero, naturalmente, en un Estado de Derecho no puede triunfar la necesidad práctica sobre la ley. Produce una impresión especialmente desagradable cuando ello ocurre con jueces penales que mandan por ello a la cárcel si es posible por años a otras personas que violan la ley. Por eso, con la práctica alemana de los acuerdos informales (*Urteilsabsprachen*), los que el legislador no ha podido hasta hoy legalizar, se trata muy claramente de un ejemplo de la caída

de la cultura jurídica alemana, cuya presentación abierta sin ocultamientos en la ponencia extranjera de un científico alemán del Derecho es un poco vergonzosa, pero en virtud de la sinceridad científica es algo que no puede pasar desapercibido.

Sin embargo, para el debate sobre la reforma tiene que quedar claro con esto que no se llega muy lejos si se sigue presentando y discutiendo las antiguas rivalidades entre el juicio oral inquisitivo y el adversativo. En efecto, en la mayoría de los casos (en los Estados Unidos más del noventa por ciento, en Alemania seguro más del cincuenta por ciento) no tiene lugar más un verdadero juicio oral. Por eso, el debate sobre la reforma debe ocuparse en primer lugar de los problemas que dominan la vida cotidiana de la justicia penal. En consecuencia, la pregunta es cómo se puede legitimar un procedimiento penal de esas características. Es decir, compuesto en realidad sólo del procedimiento de investigación. Y con una oferta para el imputado de disminución considerable de la pena, que posee en su reverso la amenaza de un aumento considerable de la pena en caso de ir a juicio oral. Así, el imputado es movilizado a renunciar a un verdadero juicio oral y a someterse a la pena considerada apropiada por el ministerio fiscal o por el juez.

a) En primer lugar, me parece evidente que esto no se puede explicar con un supuesto principio de consenso, aún cuando ello es frecuentemente intentado por los apologistas de los acuerdos procesales. En efecto, la usual denominación en los Estados Unidos de Norteamérica de "plea agreement" o la denominación alemana "Urteilsabsprache", o en España "conformidad" es, en realidad, un eufemismo. Detrás de ello se oculta un sometimiento del imputado (a raíz de la fuerte presión por parte de la justicia penal) a la medida de la pena perseguida por el ministerio fiscal o el juez como "resultado mínimo". Por consiguiente, el principio de consenso es, desde el punto de vista práctico, una ficción. Desde el punto de vista

teórico conduce sólo nuevamente a la destrucción de la línea que lo une con el Derecho penal material, que sólo permite una condena sobre la base de la verdad material y no sobre la base de algún consentimiento del afectado.

b) En lugar de ello, debe buscarse, en mi opinión, el equilibrio entre las necesidades de la práctica y las condiciones de legitimación previstas por el Derecho material. Ello puede hacerse del siguiente modo: cuando en muchos o incluso en la mayoría de los procesos penales es deducido el resultado final directamente del procedimiento de investigación sin realizar un verdadero juicio oral, entonces esta fase del proceso debe contener ya suficientes garantías para poder ser calificada de instrumento para averiguar la verdad material. El actual procedimiento de investigación en los Estados Unidos, del mismo modo que en Europa o Latinoamérica no contiene estas garantías. En efecto, él es conducido unilateralmente por la policía y, en todo caso, por el ministerio fiscal. Paralelamente a esto, la posición de la defensa es tan débil que no se puede hablar de un control de las investigaciones y de un balance entre pruebas de carga y de descarga. El procedimiento de investigación es, en realidad, idéntico al antiguo proceso inquisitivo. Así, adolece de todo su unilateralismo y de sus defectos que hace doscientos años condujeron a la reforma del procedimiento penal en Europa. Por consiguiente, hay que introducir ya en el procedimiento penal los mecanismos de control y de equilibrio que en ese entonces fueron establecidos a través de la creación del juicio oral y público.

c) Cómo debe suceder esto, no puedo exponerlo en detalle al final de mi artículo. En su lugar, debo limitarme a hacer algunas alusiones. En Alemania se discute actualmente sobre un modelo denominado "procedimiento de investigación participatorio". Este posee como fin la introducción de la estructura adversativa o de contradicción del juicio oral norteamericano ya en la declaración de los testigos en el procedimiento de investigación.

La policía y la justicia en Alemania han rechazado sin embargo esta propuesta, porque temen una total paralización de las investigaciones policiales si un defensor ya desde el principio acompaña todas las medidas de investigación y de esta forma se coloque en situación de estorbar las medidas estratégicas de la policía desde el principio. Comparto esta opinión de que en todos los casos más complicados debe darse primero una práctica de diligencias secreta si debe alcanzar un objetivo de esclarecimiento. De lo contrario, particularmente en el ámbito de la criminalidad organizada ello supondría con seguridad el fin de la justicia penal y, con ello, el fin de la protección estatal de bienes jurídicos. En lugar de esto, veo otras tres posibilidades que producen un balance suficiente entre los intereses de persecución y la controlabilidad a través de la defensa. Como primera posibilidad debería crearse una institución nueva y adicional para todos los procesos de investigación secretos que no fuera idéntica al ministerio fiscal o a la justicia penal, sino que desarrollara exclusivamente una función de protección de los intereses de la defensa. En mis propuestas para la reforma del Derecho penal europeo yo la denominé "Eurodefensor". En segundo lugar, los interrogatorios de los testigos deberían ser grabados en video en su totalidad, porque sólo de esta manera puede posteriormente el defensor, cuando pueda estudiar los expedientes, enjuiciar la fiabilidad de una declaración testifical. La práctica actual de registrar sólo por escrito las declaraciones de los testigos lleva, como numerosos estudios empíricos han demostrado, a un producto artificial mezcla del conocimiento de los testigos y de las hipótesis principales del interrogador. Y después no se puede de manera fidedigna comprobar qué se menciona en el protocolo escrito como conocimiento propio del testigo y qué como suposición y formulación del interrogador. Sólo la completa grabación posibilita posteriormente al defensor diferenciar el conocimiento real por ejemplo del testigo de cargo, de las suposiciones introducidas por la policía. En tercer

lugar, al defensor se le debe garantizar, como ya es hoy posible con determinadas condiciones según el Derecho procesal de los Estados Unidos, un derecho propio para poder tomar declaración a los testigos. Semejantes operaciones probatorias propias del defensor son posibles ya hoy en el proceso penal europeo e incluso están reguladas de forma detallada en el ordenamiento procesal penal italiano. No obstante, falta la obligación del testigo de comparecer ante el defensor para prestar declaración, de manera que depende absolutamente de la buena voluntad del testigo declarar o no. Sólo a través del aseguramiento del derecho de poder interrogar a los testigos puede alcanzar el defensor una igualdad de armas en la instrucción de la causa, a través de la cual se consigue el balance del proceso. Naturalmente, también el interrogatorio del defensor debe ser grabado en video en su totalidad, para documentar cualquier posible intento del defensor de ejercer influencia en los testigos.

Si se llevara a cabo esta triple reforma del interrogatorio, se podría decir que la defensa puede evaluar de forma fiable al final del interrogatorio, si sus resultados respaldan la acusación formulada por el ministerio fiscal y si por esta razón posee sentido el acortamiento del proceso aceptando sin juicio oral el resultado propuesto por el ministerio fiscal o por un juez. Naturalmente, para que la oferta de la justicia en cuestión no lleve a una presión inadmisibles que en la práctica destruye la libertad de decisión del acusado, la rebaja que se posibilita en la renuncia a un juicio oral debe limitarse estrechamente. Esto estaría en armonía con el derecho de medición (individualización) de la pena, por lo que se podría calificar el acortamiento del proceso como una pequeña reparación frente al ordenamiento jurídico, y legitimar con ello una rebaja en la pena que sea, desde luego, muy limitada. En la práctica esto consistiría en que el ministerio fiscal presenta con la acusación dos propuestas de medición de la pena, una para el

caso de una realización completa del juicio oral y otra para el caso de renuncia del procesado al juicio oral, lo que no debería suponer una diferencia mayor del veinte o veinticinco por ciento. Si el procesado está convencido a causa de las garantías mejoradas en el interrogatorio, de que de todos modos apenas tiene posibilidades reales de lograr la absolución, renunciará al juicio oral y se someterá a una pena reducida. Aquí tiene un efecto legitimador, no el consenso como tal, sino el entendimiento de que las investigaciones ya han llevado al descubrimiento de la verdad material. Si escoge el juicio oral, a través de la segunda propuesta del ministerio fiscal con un monto de pena, estará protegido de la imposición de una pena exorbitante como "castigo" por su terquedad procesal. Por tanto, la designación de la cuantía de la pena más elevada debe estar vinculada con la prohibición del *reformatio in peius*, de la que sólo se pueden admitir excepciones cuando el juicio oral saca a la luz delitos realmente graves,

como por ejemplo que en lugar de un tiroteo no autorizado hubo un asesinato.

Estos son naturalmente sólo esbozos, pero con ello espero haber aclarado por lo menos algo: la reforma global del proceso penal debe partir del equilibrio del proceso de investigación. La vieja discusión acerca de la estructura adversativa o inquisitiva del juicio oral juega a este respecto sólo un papel accesorio. La renuncia al juicio oral, que el proceso penal norteamericano practica ampliamente tras la fachada del proceso ante el tribunal de jurados, no debe ser comprada en un Estado de Derecho por un plato de lentejas¹. Por el contrario, la enorme protección jurídica estatal, que ha garantizado el juicio oral en los dos últimos siglos, debe ser sustituida por otros mecanismos de protección, que ya funcionen desde el momento en el que empieza la investigación, sobre los cuales he hecho algunas propuestas al final de mi texto.

1 Con ello me refiero a la historia de Esaú y Jakob, para decir que esa renuncia no puede efectuarse a bajo precio.