

del imputado, su memoria o su capacidad de comprensión y dirección de los actos está prohibida, en especial los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura, el engaño, la administración de psicofármacos, los llamados 'sueros de la verdad', 'detectores de mentiras' y la hipnosis". Al igual que la regulación correspondiente de la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 136 a) OPP),<sup>161</sup> se trata de eliminar los métodos que degradan la condición de persona del imputado, y lo convierten en un mero objeto.<sup>162</sup> Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto por la Ordenanza alemana, no se señala qué pasa si el resultado del quebranto es exculpatario del imputado. En Alemania aun en ese caso el resultado no podría ser aprovechable (art. 136 a) OPP).<sup>163</sup> En el Proyecto no se dice nada en forma expresa. El art. 52 del Proyecto dice que la inobservancia de las normas referentes a la declaración del imputado (dentro de las que se encuentra la prohibición de la utilización de sueros de la verdad, detectores de mentiras o hipnosis), "...impedirán aprovechar la declaración para fundar cualquier decisión en contra del imputado, total o parcialmente, aun cuando él hubiere dado su consentimiento expreso para infringir alguna norma o para utilizar su declaración..." (el subrayado no es del original). A ello se agrega que el último párrafo del art. 1 del Proyecto indica que la inobservancia de una garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.<sup>164</sup> De dichos artículos puede extraerse que cuando se ha quebrantado el art. 45, citado arriba, puede utilizarse el resultado exculpatario en favor del imputado.<sup>165</sup> De ello no debe deducirse que la utilización de sueros de la verdad, detectores de mentiras, hipnosis, etc., esté autorizada en cuanto puedan favorecer al imputado, tal y como se establecía en el Proyecto Maier para La Nación (Argentina) de 1986 (arts. 45-51).<sup>166</sup> Al contrario sigue siendo antijurídica su utilización, sólo que en caso de su quebrantamiento puede favorecer al imputado.<sup>167</sup>

En relación con la prueba ilícita el Proyecto indica que "...son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un me-

dio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados..." (art. 148, párrafo 2o.). Se indica además que "Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones del Código..." (art. 149, párrafo 1o.).<sup>168</sup> Un problema esencial es la solución que se debe dar a los problemas de prueba obtenida en forma indirecta como resultado del quebranto de la ley procesal, sea el problema de la llamada "teoría de los frutos del árbol envenenado", elaborada inicialmente por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, pero sobre la que existe una extensa discusión en Alemania, sin que a la fecha exista acuerdo doctrinal ni jurisprudencial.<sup>169</sup> Por ejemplo a través de un allanamiento ilegal realizado en la casa de A para investigar la muerte de B, se encuentra un papel en que consta que el arma homicida se encuentra en la casa de C. Se practica un segundo allanamiento, éste con las formalidades legales, en la casa de C y se encuentra el arma. Se llevan a cabo pruebas científicas por medio de las cuales se determina que efectivamente es el arma homicida, y que huellas dactilares de A se encuentran en el arma. Se ha dicho que el Proyecto dejó de resolver este problema, para dejar que lo hiciera la jurisprudencia de cada país.<sup>170</sup> Hubiera sido preferible que se hubiesen establecido reglas claras al respecto.

Un problema relacionado con la "reprivatización" o "consensualización" del proceso penal, a la que me referí antes, es la regulación del "Procedimiento Abreviado" en el Proyecto (arts. 371-373).<sup>171</sup> Permite dicho procedimiento prescindir del juicio oral y público, cuando el Ministerio Público estimare suficiente la imposición de una pena no mayor de dos años de privación de libertad o una pena no privativa de libertad.<sup>172</sup> Se requiere el consentimiento del imputado, el que debe admitir el hecho descrito en la acusación y su participación en el mismo (art. 371). El Tribunal podrá absolver o condenar, según corresponda, fundando su resolución en el hecho descrito en la acusa-

ción, admitido por el imputado, pero la condena no podrá superar la pena requerida por el Ministerio Público (art. 372). A través del procedimiento abreviado se sustituye la "verdad material" por la "verdad consensual", sin perjuicio de la necesidad de que el juzgador valore la veracidad de la aceptación de los hechos acusados por el imputado, de modo que cuando tiene dudas al respecto rechace el procedimiento abreviado (art. 372).

El procedimiento abreviado en definitiva tiene relación no sólo con respecto a la vigencia de la verdad material, sino también a la del principio de publicidad. A través de la idea de prescindir de la publicidad del debate y de la recepción de la prueba, se pretende evitar el congestionamiento de los tribunales, y además evitar la estigmatización sufrida por el imputado al discutirse en público los hechos y aspectos relacionados con su personalidad.<sup>173</sup>

Como antecedente del "Procedimiento Abreviado" debe señalarse el supuesto de confesión del imputado durante el debate ante el juez correccional, regulado en el Código de Córdoba,<sup>174</sup> que permite que con la anuencia del juez, fiscal y defensor, se prescinda de la prueba tendiente a acreditar la culpabilidad.<sup>175</sup>

En Alemania existe el llamado Proceso por orden penal (*Verfahren bei Strafbefehlen*), en el cual se prescinde también de la publicidad y de la recepción de las pruebas por el Tribunal (arts. 407 y ss. OPP). Sin embargo mientras en el procedimiento abreviado regulado en el Proyecto se requiere el acuerdo previo entre el Ministerio Público y el imputado, en el Proceso por orden penal previsto en Alemania se parte de la solicitud del Ministerio Público y de la aceptación de dicha petición por el Tribunal, de modo que éste emite la llamada orden penal en la que se determina las consecuencias jurídicas. En realidad la resolución del juez implica una sentencia condenatoria y contiene una pena.<sup>176</sup> Solo después de ello es que puede intervenir el imputado oponiéndose a la orden penal. Dicha oposición provoca el debate oral. El proceso por orden penal es usado con mucha frecuencia en la práctica alemana.<sup>177</sup> De acuerdo con mi criterio la renuncia a la publicidad no puede establecerse de manera tácita,

sino expresa, y todo procedimiento tendiente a dicha renuncia debe partir del acuerdo previo entre Ministerio Público e imputado.<sup>178</sup>

### 2.2.5. Principios de oralidad, publicidad e inmediatez.

Son todavía pocos los Códigos Procesales Penales latinoamericanos que contemplan un juicio oral y público, en que tenga vigencia el principio de inmediatez.<sup>179</sup>

El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo conforme al sistema inquisitorio reformado (como se le llama en Alemania), o sistema mixto (como se le denomina en Latinoamérica), prevé una fase preparatoria escrita y secreta para extraños, y una etapa de juicio en que tienen vigencia los principios de oralidad, publicidad e inmediatez (art. 291 y ss.).

En lo relativo a las excepciones a la publicidad se prevén en el Proyecto las normalmente previstas en la legislación comparada, sea cuando se afecte el honor u honestidad de alguno de los intervinientes o de alguna persona citada para participar en él; afecte gravemente el orden público, la seguridad del Estado o las buenas costumbres; o peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida fuera punible (art. 293). A dichas excepciones hay que agregar los supuestos de "Proceso Abreviado", al que me referí antes, y el Proceso de Menores de 18 años, esto último como lo recomienda la doctrina.

Es lamentable que el Proyecto no contemple ninguna norma relativa a las transmisiones radiales y televisivas desde la Sala de Audiencias, de modo que se limiten éstas, tal y como está previsto en la Ley alemana (art. 169 de la Ley Orgánica de los Tribunales).<sup>180</sup> Debe recordarse que no puede extraerse del principio de publicidad el derecho de transmisión televisiva y radial del debate (publicidad ampliada), el que aparte de los problemas que ocasiona en el desarrollo normal del debate,<sup>181</sup> está relacionado con el derecho a la imagen y a la voz, provoca una gran estigmatización del imputado, y permite una manipulación de la información, al transmitirse normalmente solamente algunas "escenas" del debate.

Consecuencia del principio de inmediación es el de concentración. Se trata de evitar que los actos cumplidos en el debate vayan a ser deformados en cuanto a su memoria por los jueces debido al transcurso del tiempo. Por ello el proceso penal debe realizarse en las audiencias consecutivas que se requiera hasta su finalización, permitiéndose como excepción la suspensión del debate por un período corto de tiempo.<sup>182</sup> Igualmente exige que la sentencia sea pronunciada poco tiempo después de la finalización del debate. El Proyecto sigue al respecto las previsiones del Código Procesal Penal de Córdoba y no las de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que por el largo período por el que se autorizan las suspensiones (art. 229 OPP),<sup>183</sup> y por el período también largo que transcurre desde que se termina el debate oral hasta el dictado de la sentencia (art. 268 OPP),<sup>184</sup> no serían compatibles con el principio de concentración, de acuerdo al contenido asignado a éste por la doctrina latinoamericana conforme a las enseñanzas de Vélez Maricónde.<sup>185</sup>

Se prevén en el Proyecto causales de suspensión del debate hasta por 10 días (art. 297). Con respecto al dictado de la sentencia, se dispone que la deliberación de los jueces debe realizarse inmediatamente después de la terminación del debate (art. 319), y que una vez terminada debe ser pronunciada públicamente la sentencia, pero se permite que se difiera la redacción de los fundamentos hasta por 5 días, ello como excepción (art. 324).

Con respecto al principio de identidad física del juzgador, consecuencia del de inmediación, es de destacar la posibilidad contemplada en el Proyecto, de que el Tribunal se constituya desde un inicio con un número de jueces superior al necesario para su integración. Así si un juez se enferma de modo que no puede continuar o muere, pueda ser substituido por el juez suplente que ha presenciado todos los actos del debate (art. 297.3). Se trata de una regulación que se encuentra en la legislación alemana (art. 192 II GVG).<sup>186</sup> Se trata con dicha previsión de evitar la reiniciación en caso de muerte o enfermedad grave de un juez en los procesos de gran duración.

### 2.3. Etapas del Procedimiento Penal.

El Procedimiento Penal se divide en el Proyecto en 5 etapas: Fase Instructoria, Fase Intermedia, Fase de Juicio, Fase de Impugnación ante Casación y Fase Ejecutiva.

#### 2.3.1. Etapa instructoria.

El Proyecto, imitando la regulación en la Ordenanza Procesal Penal alemana convierte al Ministerio Público en "el Dueño de la Instrucción" (art. 69). El Ministerio Público es quien dirige la investigación preparatoria y no un juez de instrucción. Para ello cuenta con el auxilio de la Policía Judicial (arts. 68 y 73).<sup>187</sup>

Con la transmisión de las funciones instructorias al fiscal se pretende garantizar en el Proyecto el principio acusatorio, como se dijo antes, y además producir un aceleramiento del proceso.<sup>188</sup> Sobre la garantía del principio acusatorio es importante citar lo dicho por los autores del Proyecto: "No es consecuente... la entrega de ambas funciones —la de requerir y la de decidir—, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un sólo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas, v. gr., el juez de instrucción. Su existencia sólo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores. El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos de un juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficiencia de la investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes".<sup>189</sup>

Se dispone que el Ministerio Público en el ejercicio de su función debe actuar de manera

objetiva (art. 69 del Proyecto).<sup>190</sup> Ello no está expresamente establecido en la Ordenanza Procesal Penal alemana, pero se deduce del art. 160. A diferencia de ésta,<sup>191</sup> el Proyecto regula en forma expresa el derecho a recusar a los miembros del Ministerio Público (art. 72), tal y como está establecido en el Código de Córdoba.

A nivel latinoamericano un importante antecedente de la instrucción a cargo del Ministerio Público es la llamada Instrucción Sumaria a cargo del Ministerio Público, regulada en el Código de Córdoba y en otros Códigos que los utilizaron como modelo. Dicha Instrucción Sumaria procede en delitos de escasa gravedad.<sup>192</sup>

El Proyecto siguiendo las previsiones de la Ordenanza Procesal Penal alemana establece un juez de la investigación preliminar, que desempeña funciones de control. En la Exposición de Motivos del Proyecto se resume en qué consisten estas funciones. Así se dice que se establecen "...dos tipos de actividades de control. En primer lugar, los actos que implican una decisión y una autorización: entre ellos todas las decisiones acerca de las medidas de coerción, personales o referidas a la obtención de prueba (ej. allanamiento de morada, interceptación y apertura de correspondencia o comunicaciones, etc.), los que habilitan la intervención de distintas personas en el procedimiento (actor civil, tercero civilmente demandando, querellante) y las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal o civil. Por otra parte, están también a su cargo los actos definitivos e irreproducible, que por su naturaleza, no implican una actividad decisoria, sino el mero resguardo de las condiciones necesarias para su eventual incorporación posterior al debate (anticipo de prueba)".<sup>193</sup>

Omisión grave del Proyecto es el no señalar la ubicación institucional del Ministerio Público y la Policía Judicial. En Alemania la doctrina discute sobre cuál es la ubicación institucional del Ministerio Público, no existiendo acuerdo al respecto. Algunos consideran que pertenece al Poder Ejecutivo,<sup>194</sup> mientras otros señalan que se trata de un órgano autónomo

de la administración de justicia, ubicado entre el Poder Judicial y el Ejecutivo,<sup>195</sup> aunque su máximo jefe es el Ministro de Justicia.<sup>196</sup> Con respecto a los oficiales de policía designados para colaborar directamente con el Ministerio Público, pertenecen en Alemania al Ministerio del Interior del Estado (Land) respectivo.<sup>197</sup> Considero que en Latinoamérica el Ministerio Público y la Policía Judicial deben ser ubicados como órganos autónomos dentro del Poder Judicial.<sup>198</sup> Ello debe hacerse atendiendo a la realidad latinoamericana tan proclive a la corrupción y al exceso de poder.<sup>199</sup> La omisión indicada es grave, ya que dependiendo de la respuesta que se dé a la ubicación de los citados órganos, puede aceptarse o no que se le transfiera la dirección de la instrucción al Ministerio Público. Debe preferirse el establecer al Ministerio Público y a la Policía Judicial como órganos autónomos pertenecientes al Poder Judicial, y no simplemente como órganos autónomos sin relación con el Poder Judicial y el Ejecutivo, ya que la ubicación en el primero permitiría en la realidad latinoamericana una mayor protección frente al Ejecutivo.<sup>200</sup>

### 2.3.2. Etapa intermedia.

A similitud de la Ordenanza Procesal Penal alemana es que se regula la etapa intermedia (art. 267 y ss. del Proyecto). La función principal de esta es la de servir de control con respecto a las conclusiones a las que llegó el Ministerio Público luego de terminar la etapa instructoria. Se trata fundamentalmente de determinar si existe sospecha suficiente para elevar la causa a juicio, evitando juicios inútiles y garantizando el derecho de defensa.

A semejanza de lo dispuesto en la legislación alemana (art. 201 OPP), se dispone que durante la etapa intermedia el imputado puede solicitar que se reciban medios probatorios omitidos durante la etapa instructoria (art. 268.4 del Proyecto). Dicha disposición que no se encuentra regulada en el Código de Córdoba, es necesaria desde que se confía la dirección de la instrucción al Ministerio Público.

En Alemania quienes actúan como jueces en la etapa intermedia, son los mismos que actuarán en la etapa de juicio (art. 199 OPP),

excluyéndose los jueces legos del Tribunal, de modo que éste está formado durante la etapa intermedia solamente por jueces profesionales. Ello ha dado lugar a que esta etapa sea criticada, ya que se dice que los jueces profesionales del juicio oral estarían prejuzgando, aun cuando sea en lo atinente a la existencia de la probabilidad de que el imputado luego sea condenado, y no a la certeza de la culpabilidad de éste. Se ha propuesto así por algunos la supresión de la etapa intermedia.<sup>201</sup> Sin embargo, el problema se solucionaría simplemente atribuyéndole competencia en la etapa intermedia a un tribunal distinto del que conocería del asunto en la Etapa de Juicio.<sup>202</sup> El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, no presenta dicho problema, ya que se establece como causal de apartamiento de jueces el haber intervenido como juez en otro período del procedimiento (art. 22.2).

No se regulan en el Proyecto excepciones a la etapa intermedia, como ocurre en Alemania con respecto al llamado "procedimiento acelerado" (*Beschleunigtes Verfahren*). Dicho procedimiento se prevé en Alemania cuando las circunstancias que rodean al asunto fueran sencillas, de modo que se hace posible su enjuiciamiento rápido (art. 212 OPP). Se puede seguir en los asuntos que en la etapa de juicio son competencia del juez penal o del Tribunal de Escabinos (art. 212 OPP). Cuando se procede por dicho procedimiento no es posible imponer una pena privativa de libertad superior a un año o una medida de corrección o de seguridad (art. 212 b OPP). Si el fiscal solicita que se proceda por dicho procedimiento, el Tribunal decide sin oír al imputado (art. 212 b OPP), lo que constituye a mi juicio un quebranto al derecho de defensa.

En el Proyecto se inicia la etapa intermedia no sólo con la solicitud de elevación a juicio, sino también con el pedido de archivo o de sobreseimiento. Es de destacar que se regula el sobreseimiento no sólo cuando con evidencia falta una de las condiciones que habilita la imposición de una pena, sino también cuando a pesar de la falta de certeza, no existiera, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible

requerir, fundadamente la apertura a juicio (art. 278). A diferencia de lo sostenido por la doctrina alemana, el sobreseimiento por falta de prueba suficiente produce cosa juzgada material (art. 280 del Proyecto).

A través de este tipo de sobreseimiento, se le da prevalencia a criterios de seguridad jurídica. Se substituye así el llamado "sobreseimiento provisional" tomado por muchas legislaciones latinoamericanas de la Ley Procesal Penal española,<sup>203</sup> y la "prórroga extraordinaria de la instrucción" por un término fijo, establecida en el Código de Córdoba.<sup>204</sup> Es posible solamente la prórroga de la instrucción cuando existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba, los que se deben enumerar.

### *2.3.3. Etapa de juicio.*

La etapa de juicio se divide en actos preliminares, debate, y sentencia.

En el debate (art. 291 y ss. del Proyecto) es cuando tienen vigencia los principios de oralidad, publicidad e inmediatez a los que se hizo mención.

Importante es destacar que el Proyecto siguiendo el sistema anglosajón, establece la posibilidad de que el debate se divida en dos, una primera parte en la que se discute la cuestión acerca de la culpabilidad del acusado, y una segunda parte en que se resuelve acerca de la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección. Sin embargo, los autores del proyecto no se atrevieron a disponer dicha división en todos los casos, sino se deja a discreción del Tribunal el ordenarla, cuando sea conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa del acusado (art. 287). El acusado tiene derecho a exigir la división del debate cuando la pena máxima de los hechos imputados, supere los cinco años de prisión (art. 287). En Alemania desde los años 20 se ha discutido acerca de la división del debate en dos etapas (*Schuldinterlokut*). La doctrina dominante propone dicha división.<sup>205</sup> Se dice para ello que la división del juicio oral en dos etapas protege el derecho a la intimidad del imputado, ya que sólo se inda-

garán aspectos relacionados con la personalidad de éste y sus antecedentes, cuando se ha determinado previamente su culpabilidad. Además se ha dicho que la división del juicio permite una mejor individualización de la pena o de la medida de seguridad a imponer.<sup>208</sup>

Otro aspecto en el que el Proyecto incorpora las recomendaciones de reforma procesal propuestas por la doctrina alemana,<sup>207</sup> es en lo concerniente a la forma en que debe llevarse a cabo el interrogatorio de los testigos y peritos. Así se dice que el presidente "...le otorgará la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba. Al finalizar el relato, concederá el interrogatorio al que lo propuso y, con posterioridad, a los demás intervinientes que desean interrogar, en el orden que lo considere conveniente. Por último, el mismo presidente y los miembros del Tribunal podrán interrogar al perito o al testigo, a fin de conocer circunstancias de importancia para el éxito del juicio..." (art. 314). Se pretende con ello un cierto acercamiento al sistema anglosajón para asegurar la imparcialidad del Tribunal, sin dejar de considerar la obligación de éste de buscar la verdad material.

#### *2.3.4. Etapa de casación.*

Característica del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica es que la única forma de combatir la sentencia producto del debate es a través de un recurso de casación,<sup>208</sup> no siendo posible la presentación de un recurso de apelación (art. 338 y ss.).<sup>209</sup> Se parte de que el recurso de apelación es incompatible con el debate oral, ya que si el Tribunal de apelaciones resuelve sobre la base de las actas del juicio oral, no funcionaría el principio de inmediación, pilar del debate oral; y si se realizara de nuevo un debate oral, resguardándose el principio de inmediación, el nuevo debate no sería en realidad una segunda instancia, sino una segunda primera instancia, ya que no se trataría de una reproducción del primer debate.<sup>210</sup> La solución proviene del Código de Córdoba, y de los que lo han utilizado como modelo. Sin embargo, debe reconocerse que la apelación está muy arraigada en la cultura ju-

rdica latinoamericana,<sup>211</sup> sobre todo porque hasta el momento han predominado los procedimientos sin vigencia de la inmediación, con respecto a los cuales la apelación no tiene ningún problema para funcionar. Para combatir las críticas a la no contemplación del recurso de apelación en contra de la sentencia producto del juicio oral, los redactores del Proyecto recomiendan la integración colegiada del Tribunal de Juicio (al menos tres miembros), basándose en que cuando intervienen varias personas se reduce la posibilidad de errores.<sup>212</sup>

Es importante resaltar que la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2.h) garantiza el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, y que la doctrina latinoamericana en general ha estimado como suficiente para cumplir con dicho requisito, el que se autorice la interposición de un recurso de casación.<sup>213</sup>

En Alemania se concede el derecho a presentar recurso de apelación en contra de las sentencias condenatorias, pero no en todos los casos, sino en los de menos importancia, sea contra todas las sentencias de los Amtsgerichte (art. 312 y ss.). El recurso de apelación provoca la celebración de un nuevo debate. Sin embargo, la discusión sobre la conveniencia de un recurso de apelación en contra de la sentencia dictada luego del juicio oral no es un tema desconocido en Alemania. Así se ha llegado a proponer la eliminación del recurso de apelación, pero ampliando las causales de casación, de modo que se abra la posibilidad en ciertos casos de discutir la fijación de los hechos realizada en la sentencia.<sup>214</sup> Actualmente en Alemania en contra de las sentencias dictadas por otros tribunales sólo procede recurso de casación.

#### *2.3.5. Etapa de ejecución.*

La principal innovación del Proyecto es el contemplar el juez de ejecución o de vigilancia, como control sobre la legalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad,<sup>215</sup> como es la tendencia internacional (de la que no escapa Alemania).<sup>216</sup> En Latinoamérica la creación del juez de ejecución ha sido propugnada por un sector de la doctrina,<sup>217</sup> aunque solamente unos pocos países lo han creado.<sup>218</sup>

#### 2.4. Posición del imputado.

Es claro que de acuerdo con un Derecho Procesal Penal respetuoso de los derechos humanos el imputado es un sujeto procesal y no un simple objeto de la persecución penal, tal y como sucedería en un sistema inquisitivo. El que sea sujeto procesal implica que debe reconocerse su dignidad, y supone que deben reconocérsele una serie de derechos, por ejemplo el derecho de abstenerse de declarar, el in dubio pro reo, el que las medidas coercitivas en contra del imputado tengan un carácter excepcional (principio de proporcionalidad), y sean dictadas con base en la necesidad procesal y no con fundamento en criterios propios del derecho sustantivo (consecuencia de la presunción de inocencia), etc. Otros aspectos relacionados con la garantía de la calidad de sujeto procesal del imputado, son también por ejemplo la protección del principio de inviolabilidad de la defensa, y de la imparcialidad del juzgador, a los que me referí con anterioridad.

Voy a tratar en este apartado el derecho del imputado de abstenerse de declarar y las medidas coercitivas en contra del imputado.

##### 2.4.1. Derecho del imputado de abstenerse de declarar.

###### 2.4.1.1. Nociones generales.

Con respecto a la declaración del imputado ya referí algunos aspectos relacionados con los métodos prohibidos del interrogatorio. Ahora me ocuparé del derecho del imputado de abstenerse de declarar.

El art. 41 del Proyecto señala con respecto al interrogatorio al imputado, que debe advertírsele que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio. Una norma similar se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos, la que reconoce en su artículo 8.2.g), el derecho del imputado de no intervenir como "testigo" en contra de sí mismo, y de no reconocerse culpable.

El Proyecto reconoce el derecho del imputado de intervenir en careos (art. 51 y 195), a no ser sujeto activo en un acto de reconocimiento (arts. 193 y 194), a no participar en la reconstrucción (art. 159). No se reconoce el

derecho del imputado de negarse al reconocimiento cuando es sujeto pasivo del mismo (art. 193), ni con respecto a la intervención corporal (art. 38).

En Alemania está regulado el derecho del imputado a abstenerse de declarar. Así el art. 136 de la Ordenanza Procesal Penal indica que al comienzo del primer interrogatorio del imputado "...se le advertirá que es libre según la ley de declarar sobre la inculpación o no, de declarar sobre la causa..."<sup>219</sup> El art. 243, párrafo 4, garantiza también dicho derecho, al decir que el presidente del Tribunal durante la vista oral le advertirá al imputado que "...es libre de pronunciarse sobre la acusación, o de no declarar sobre la causa..."<sup>220</sup> Ambos artículos presentan el problema de que no se dice expresamente que la abstención del declarar no puede tomarse en contra del imputado, lo que ha hecho que un sector mayoritario en un pasado de la doctrina, y minoritario actualmente, se haya pronunciado porque lo único que se garantiza es que el imputado no declare, pero no que su negativa no se puede utilizar en su contra, ya que al respecto rige el principio de libre apreciación de la prueba (art. 261).<sup>221</sup>

Es importante mencionar que la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene en forma expresa el derecho del imputado de abstenerse de declarar,<sup>222</sup> derecho que no está reconocido tampoco expresamente en la Constitución Política alemana.

El derecho de abstenerse de declarar plantea una serie de problemas, por ejemplo si existe con respecto al interrogatorio sobre las calidades personales del imputado.<sup>223</sup>

En lo relativo a dicho problema, el Proyecto no es claro (arts. 41 y 42). El Código de Córdoba, parte de que la comunicación al imputado de que puede abstenerse de rendir declaración, se hace luego de que se ha interrogado sobre los datos personales.<sup>224</sup> Esta solución supone que el derecho de abstenerse de declarar del imputado es con respecto al hecho acusado, pero no con respecto a la indicación de los datos de identificación. Sin embargo, la doctrina ha admitido que el imputado puede negarse a contestar las preguntas correspondientes al interrogatorio de identificación.<sup>225</sup> La

solución correcta parece ser que en principio el imputado no tendría derecho de abstenerse de indicar sus datos personales.<sup>226</sup> Pero sí tendría derecho a abstenerse de declarar con respecto a aspectos que podrían influir en la fijación de la pena, por ejemplo sus ingresos personales,<sup>227</sup> o cuando sus datos personales tienen una relación con el hecho acusado.<sup>228</sup> A pesar de ello, su negativa no puede ser suplida con la coacción física para obligarlo a dar sus datos personales, ya que eso iría en contra del respeto a la dignidad humana. Tampoco podría ser utilizado en contra del imputado su rechazo a dar los datos personales, ya sea para agravar la pena o para deducir indicios en contra del imputado con respecto al hecho acusado, ya que el punto de partida de la no admisión de la negativa a rendir los datos personales es que se trata de datos no relacionados con los hechos acusados, por lo que la no cooperación al respecto del imputado no debe llevar a empeorar su situación con respecto a dichos hechos.<sup>229</sup>

Otro problema es si el imputado que ha accedido a declarar, puede negarse a contestar determinadas preguntas. El Proyecto no dice nada al respecto. El problema se plantea acerca de si la negativa del imputado a contestar determinadas preguntas puede ser tomada en contra del imputado. Se trata de un problema sobre el que la doctrina alemana se encuentra dividida. Lo lógico es reconocer dicho derecho como expresión del derecho de abstenerse de declarar. Es claro que si el imputado puede abstenerse totalmente de declarar, podría hacer también un ejercicio de dicho derecho en forma parcial.<sup>230</sup>

Sin embargo, el aspecto más problemático con respecto al derecho de abstenerse de declarar, es la extensión de dicho derecho. Pueden sostenerse al respecto varias posiciones: a) un criterio restrictivo indica que existe solamente un derecho de abstenerse de declarar, pero no de no intervenir activamente en actos en los que el imputado no realiza ninguna declaración. Por ejemplo habría derecho de abstenerse de declarar no sólo en la declaración indagatoria propiamente dicha, sino también durante los careos y las reconstrucciones;

b) una posición más amplia parte de que el derecho de abstenerse de declarar, se debe entender en el sentido de un derecho de no intervenir en forma activa en los actos en que se reciba prueba. Desde esta posición debe reconocerse el derecho del imputado de no rendir cuerpo de escritura, aunque nada impide que para el dictamen pertinente se utilicen documentos elaborados con anterioridad por el imputado.<sup>231</sup> Se plantea también el problema relacionado con el reconocimiento del imputado, al que haré referencia luego; y c) un criterio aún más amplio lleva a reconocer el derecho del imputado a no intervenir en todo acto procesal en que se pueda obtener prueba en su contra, ya sea cuando es sujeto activo, o bien es simplemente un interviniente pasivo. Se llega desde esta perspectiva a autorizar el derecho del imputado de abstenerse de declarar con respecto a todos los actos de investigación corporal.<sup>232</sup>

Por mi parte, me pronuncio por la posición que acepta el derecho del imputado de no intervenir activamente en la recepción de prueba que le pueda perjudicar. Nótese que debe entenderse que el imputado tiene derecho a no aportar prueba en su contra, y que cuando se le exige un comportamiento activo, por ejemplo que rinda cuerpo de escritura, estaría contribuyendo a la recepción de una prueba que le puede perjudicar. Por ello interpretar que el derecho de abstenerse de declarar sólo implica un derecho de no rendir una declaración es un criterio muy restrictivo. No se puede aceptar tampoco que el derecho de "abstenerse de declarar", se extienda con respecto a los actos que podrían realizarse en forma forzosa sin la colaboración del imputado, ya que con respecto a dichos actos el imputado en realidad no estaría realizando ni siquiera en forma indirecta un aporte de prueba. Además de acuerdo con dicha posición se debería admitir coherentemente la imposibilidad de practicar requisas corporales al imputado en contra de la voluntad de éste, lo que es ilógico. Por supuesto que dichos actos tendrán un límite, que viene como consecuencia del principio de proporcionalidad (art. 3 del Proyecto), al que se hará referencia al tratar la prisión preventiva.

De acuerdo con lo dicho, examinaré a continuación dos casos polémicos con respecto al derecho de "abstenerse de declarar": la investigación corporal y el reconocimiento del imputado en contra de su voluntad.

#### *2.4.1.2. Investigación corporal.*

Siguiendo lo ordenado por la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 81a),<sup>233</sup> el art. 38 del Proyecto indica: "Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para la constatación de circunstancias de importancia para resolver el procedimiento. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras intervenciones corporales, que se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin consentimiento del imputado, cuando no fuere de temer perjuicio a su salud..."

Una prescripción similar no se encuentra en el Código Procesal Penal de Córdoba, el que ni siquiera hace mención a la extracción de sangre.

De acuerdo con los criterios primero y segundo señalados en el apartado 2.4.1.1 debe concluirse que la investigación corporal no quebranta el derecho de abstenerse de declarar. Este es el criterio que sostiene la doctrina alemana, la que sin embargo ha admitido que existe un derecho del imputado de abstenerse de colaborar cuando para comprobar el grado de alcohol que ha ingerido se le pide que exhale de un alcohómetro,<sup>234</sup> solución que la acercaría a la segunda de las soluciones dadas en el apartado anterior. De acuerdo con mi posición, expresada antes, debo admitir la procedencia de la extracción de sangre en contra de la voluntad del imputado, ya que dicho acto puede llevarse a cabo sin que el imputado tenga que colaborar en el mismo. Una solución diferente es cuando para la obtención de la prueba el imputado tendría que colaborar, por ejemplo el caso citado del alcohómetro, o el supuesto en que se le pide al imputado que se masturbe con el objeto de obtener semen para su análisis.<sup>235</sup>

#### *2.4.1.3. Reconocimiento del imputado en contra de su voluntad.*

En el Proyecto se establece en forma expresa que el imputado no tiene derecho a no

participar en el acto de reconocimiento como sujeto pasivo (art. 193). Se sigue así el criterio sostenido por la doctrina mayoritaria latinoamericana<sup>236</sup> y alemana,<sup>237</sup> en el sentido de que en el reconocimiento el imputado es simplemente un objeto de observación. Dicho criterio lo he sostenido yo también con anterioridad,<sup>238</sup> pero es hora de rectificarlo. Es imposible pensar en la realización de un reconocimiento si no es con la cooperación del imputado. Así no podría pensarse en la realización coactiva del reconocimiento en caso de que el imputado se negase a participar en éste, ya que el reconocimiento requiere de una determinada posición corporal y hasta de una determinada expresión facial.<sup>239</sup> Por ello, el derecho del imputado de abstenerse de participar en un reconocimiento no es sino una consecuencia del derecho del imputado de no aportar prueba en su contra.

Independientemente de la solución que se dé a lo anterior, es de mencionar la disposición establecida en el Proyecto, en el sentido de que con respecto al reconocimiento "...en lo posible se tomarán las previsiones para que el imputado no se desfigure" (art. 193). Dicha disposición debe interpretarse en un sentido restrictivo. Así debe evitarse la solución que se ha dado en Alemania, aun sin una norma similar, en la que se ha autorizado que se le corte la barba y el pelo al imputado sin su autorización, o que se les cambie el color.<sup>240</sup>

#### *2.4.2. Medidas coercitivas en contra del imputado.*

Dentro de las medidas coercitivas en contra del imputado ya hice mención a la investigación corporal y al reconocimiento del imputado en contra de su voluntad.<sup>241</sup> Ahora sólo quiero hacer referencia a: a) la prisión preventiva; y la b) la incomunicación.

##### *2.4.2.1. Prisión preventiva.*

Uno de los mayores problemas que existe a nivel latinoamericano es el de los presos sin condena.<sup>242</sup> Para tener una idea clara de la magnitud de dicho problema es necesario mencionar los porcentajes de presos sin condena, en relación con el total de la población presa en los centros penitenciarios. Así El Salvador tie-

ne un 91.2% de presos sin condena (1989); Uruguay 91% (1989); Honduras 88.3% (1989); República Dominicana 85% (1989); Guatemala 73% (1989); Venezuela 71% (1988); Ecuador 69.8% (1988) y México 61% (1988). Mucho mejores, aunque no por ello no preocupantes son los porcentajes de presos sin condena en Colombia 54% (1989); Chile 53% (1989); Antillas Holandesas 48% (1989); Martinica 46% (1989); Nicaragua 45% (1990) y Costa Rica 44.3% (1990).<sup>243</sup>

El porcentaje de presos en prisión preventiva de Alemania es mucho más bajo, ascendiendo al 25.6% el 31 de marzo de 1990. Sin embargo, debe indicarse que el porcentaje de presos sin condena en Alemania la lleva solamente a ocupar una posición intermedia entre los diversos países europeos. La doctrina alemana ha estado muy preocupada con respecto a la cantidad de presos en prisión preventiva.<sup>244</sup>

Con respecto a la regulación actual de la prisión preventiva en Latinoamérica,<sup>245</sup> es de resaltar la amplitud con que se regulan las causales de prisión preventiva y los criterios restrictivos que se siguen para la concesión de la excarcelación. Partiendo del tipo de pena previsto en el delito acusado o del monto de ésta, en general se regula una presunción legal en el sentido de que existe peligro de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia.<sup>246</sup> Se establece así como regla el dictado de la prisión preventiva, y como excepción a dicha regla la liberación del imputado bajo caución monetaria, y en circunstancias especiales juratoria. En definitiva se invierte la lógica que de acuerdo al principio de inocencia debe rodear a la prisión preventiva, ya que en lugar de preguntarse si es necesario ordenar la prisión preventiva, hay que decidir si lo que procede es conceder la excarcelación del imputado.<sup>247</sup> El problema se agrava ya que se señala una serie de causales de denegación de la excarcelación que se basan en criterios de prevención general<sup>248</sup> o especial,<sup>249</sup> propios de las penas (prevención general o especial), o de las medidas de seguridad (prevención especial), pero no de la prisión preventiva.<sup>250</sup> Otros problemas que presenta la legislación latinoamericana

son la falta de alternativas a la prisión preventiva, salvo la caución; la falta de un control de oficio sobre la continuación de la prisión preventiva, y la no determinación de plazos máximos fijos, luego de los cuales debe liberarse al imputado preso, y la no regulación de los derechos de los sometidos a prisión preventiva.<sup>251</sup>

Debe recordarse, como se dijo, en la introducción, que la regulación de la prisión preventiva revela mejor que cualquier otra institución el sistema procesal que se sigue en un país, y está relacionada íntimamente con el régimen político de éste.<sup>252</sup> Por ello es preocupante que en la Latinoamérica actual siga predominando un tratamiento inquisitivo de la prisión preventiva, de acuerdo al cual se trata de la regla y no de la excepción, como lo revela no sólo la regulación legislativa, sino también las estadísticas de presos sin condena. Debe tenerse presente que el tratamiento como pena anticipada contradice el principio de inocencia, y que como resumió alguien: "La prisión provisional tiene todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad y ninguna de las ventajas".<sup>253</sup>

Frente a la situación actual de la regulación de la prisión preventiva en Latinoamérica se presenta el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo con una regulación garantista de los derechos humanos, como se verá a continuación, que en caso de su adopción haría que se profundizara la democracia.

El Proyecto además de exigir la sospecha fundada de la culpabilidad del imputado,<sup>254</sup> establece como requisitos para el dictado de la prisión preventiva la fuga, el peligro de que el imputado se fugue, y el peligro de que vaya a falsear la prueba (art. 202). En lo relativo a las causales de la prisión preventiva recogió el criterio defendido por un sector de la doctrina latinoamericana, que admite como concordantes con el principio de inocencia solamente causales compatibles con los fines del proceso penal, como son las mencionadas.<sup>255</sup> Aun cuando con respecto a la prisión preventiva el Proyecto siguió las previsiones contempladas en la Ordenanza Procesal Penal alemana, en lo relativo a las causales de prisión preventiva se apartó de ésta, ya que la Ordenanza autori-

za también la prisión preventiva con respecto a una serie de hechos de gran gravedad (causal denominada "gravedad del hecho"), y cuando existe el peligro de reiteración de uno de los delitos mencionados (Wiederholungsgefahr) (art. 112, 112 a) OPP).<sup>258</sup> Sin embargo, debe reconocerse, tanto la causal de "gravedad del hecho" como la de "peligro de reiteración" son fuertemente criticadas por un sector importante de la doctrina alemana que las considera "cuerpos extraños" a la prisión preventiva.<sup>257</sup>

Es de resaltar que el Proyecto regula en forma expresa el principio de proporcionalidad, al decir que las medidas de coerción "...tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes" (art. 3).<sup>258</sup> Dicho principio se encuentra también regulado en forma expresa en Alemania (art. 112 OPP).<sup>259</sup>

Como consecuencia del principio de proporcionalidad la prisión preventiva debe ser la "última ratio", por lo que se deben regular alternativas a la prisión preventiva, tal y como se prevé en el Proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica (art. 209) y en la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 116 OPP).

Otra consecuencia del principio de proporcionalidad es el establecimiento de un límite temporal a la prisión preventiva. Dicho límite se fija en el Proyecto en un año (art. 208), mientras en la Ordenanza alemana en seis meses (art. 121). Ello es concordante con lo señalado por un sector importante de la doctrina latinoamericana, que ha abogado por la regulación expresa de límites temporales al encarcelamiento preventivo.<sup>260</sup> Debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos establece que "toda persona detenida '...tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad..." (art. 7.5), por lo que el establecimiento de un plazo límite a la prisión preventiva no es sino una concretización de dicha norma.<sup>261</sup> Es importante señalar que el Proyecto, al igual que la legislación alemana, establece la posibilidad de prolongar la prisión preventiva más allá del plazo establecido en casos excepcionales (art. 208 del Proyecto). En

Alemania, ante la evidencia de que las circunstancias excepcionales para prolongar la prisión preventiva se dan con mucha frecuencia en la práctica, la doctrina ha dicho que una consecuencia de la presunción de inocencia es el establecimiento de un límite máximo de la prisión preventiva, más allá del cual no se podría prolongar ésta.<sup>262</sup> Importante es que el Proyecto establece en principio que la prisión preventiva se podría prolongar por tres meses más cuando se hubiese dictado sentencia condenatoria. Además se podrá prolongar un año más en estos casos excepcionales (art. 208). Sin embargo, dicha regla luego se relativiza al decirse que vencido el plazo de la prisión preventiva "...no se podrá ordenar una medida de coerción, salvo la citación; pero, para asegurar la realización del debate ..., o la realización de un acto particular..., para comprobar la sospecha de fuga... o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, se podrá ordenar una nueva detención por un plazo que no exceda el tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición".

Una consecuencia del principio de proporcionalidad regulada en el Proyecto es la obligación de liberar al imputado cuando la duración de la prisión preventiva supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada (art. 208). Una norma similar se encuentra en el Código Procesal Penal de Córdoba.

El Proyecto regula también los derechos del preso preventivo, lo que no hace sino desarrollar la previsión de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone que el sometido a prisión preventiva debe ser tratado de acuerdo con su condición de no condenado (art. 5.4). Es de destacar el derecho que se otorga al sujeto preso en prisión preventiva a procurarse comodidades superiores, con las únicas restricciones relativas al espacio disponible y a la prohibición de ingresar elementos o sustancias, cuya tenencia se prohíba por ley (art. 217.1). Una regulación similar se encuentra en Alemania (art. 119 OPP). Se trata de un derecho que en ocasiones ha sido visto en Latinoamérica como contrario al principio de

igualdad, pero que surge del principio de inocencia. Se establece que los presos preventivos deben ser separados de los condenados a pena privativa de libertad, lo que también está dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.4). A diferencia de la legislación alemana (art. 119 OPP) no se consagra un derecho a ser alojado en una celda individual (art. 217.1), salvo cuando ello sea posible. Los redactores parten aquí de una perspectiva realista, ya que las prisiones latinoamericanas están sobrepobladas. Debe anotarse que el tema de la ejecución de la prisión preventiva es uno de los más debatidos en Alemania, en donde se pretende una reforma legislativa al respecto. La principal diferencia con respecto a la Ordenanza Procesal Penal alemana, es que se regulan en el Proyecto los derechos del preso preventivo y su comunicación con el mundo exterior. En Alemania por el contrario existe un vacío legal al respecto, ya que el art. 119 de la Ordenanza Procesal Penal solamente establece unas reglas generales. Aparte de las señaladas arriba es importante mencionar la regla de que al preso preventivo sólo se le pueden imponer las limitaciones que requiera la finalidad de la prisión preventiva y el orden del establecimiento. La concretización de la norma citada se realiza a través del Reglamento de Ejecución de la Prisión Preventiva (UVollzO).<sup>263</sup> Existe además una serie de resoluciones del Tribunal Constitucional.<sup>264</sup> El Reglamento citado ha sido criticado en el sentido de que se preocupa primordialmente de los problemas relacionados con el orden del Establecimiento Penitenciario, por lo que la comunicación con el mundo exterior es limitada al mínimo.<sup>265</sup> Sin embargo, la principal crítica que se hace es que la intervención del Estado en la privación de los derechos debe ser regulada legalmente, y no por vía reglamentaria.<sup>266</sup> Se han formulado así una serie de proyectos de ley desde 1981 tendientes a regular la ejecución de la prisión preventiva.<sup>267</sup>

#### 2.4.2.2. *Incomunicación del imputado.*

Dispone el art. 214 del Proyecto: "El juez de la instrucción o el tribunal competente podrá ordenar la incomunicación del imputado priva-

do de libertad, por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, sólo cuando existan motivos graves para temer que el imputado, de otra manera, obstaculizará la averiguación de la verdad; esos motivos constarán en la decisión. Sin embargo, ello no impedirá que el imputado se comunique con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración... o antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal. El Ministerio Público podrá disponer la incomunicación del aprehendido sólo por el plazo necesario para gestionar la orden judicial, el cual no excederá de seis horas; rige, también, el art. 75, inc. 6". El art. 75 inciso 6 autoriza que la policía ordene la incomunicación del imputado cuando se den los requisitos del art. 214, por el plazo de seis horas, que no podrá prolongarse sin autorización expresa del juez de la instrucción.

La regulación de la incomunicación del imputado se encuentra en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas. La doctrina latinoamericana es muy crítica con respecto a la incomunicación, la que se considera que es utilizada como ocasión propicia para la tortura.<sup>268</sup> Además se indica que por sí sola puede llegar a constituir una tortura.<sup>269</sup> En la práctica se ha desnaturalizado la incomunicación, ya que se ha utilizado como forma de presionar al imputado para que confiese.<sup>270</sup> Todo ello recomienda que la incomunicación sea dispuesta en forma excepcional y por períodos de tiempo cortos, tal y como se establece en el Proyecto.<sup>271</sup> Un aspecto importante con respecto a la incomunicación es que no impide la comunicación del imputado con su defensor antes de la realización de cualquier acto en que el imputado podría aportar prueba en su contra. Ello no es sino una consecuencia del derecho de defensa. La legislación de Córdoba inicialmente no contemplaba dicho supuesto, lo que dio origen a discusiones doctrinales.<sup>272</sup> Dicha situación se modificó en Córdoba por Ley 7159, coincidiendo actualmente sobre ese aspecto con el texto del Proyecto.

En la legislación alemana por medio de la llamada "Kontaktssperregesetz" (Ley de Incomunicación) del 30 de setiembre de 1977, se estableció la posibilidad de prohibir el contacto

del imputado condenado o acusado de delitos de terrorismo, con el mundo exterior, incluyendo su defensor. La decisión es tomada por el Ministro de Justicia de la Federación o bien por el gobierno del Estado federado afectado, cuando existe un peligro actual proveniente de una organización terrorista, para la integridad física, la vida o la libertad de una persona, y como protección frente a dicho peligro es necesario prohibir todo contacto entre los presos y entre ellos y el mundo exterior. Si dicha decisión no es confirmada en el plazo de dos semanas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal), o por el Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Estado Federado) competente, queda sin efecto. Después de 30 días puede ser renovada, y después de la correspondiente confirmación judicial puede ser de nuevo dispuesta la incomunicación. Ello provoca que no exista en la realidad ningún límite temporal de la incomunicación.<sup>273</sup> El Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 49, 24), confirmó la constitucionalidad de las disposiciones sobre la incomunicación. La Ley citada fue dictada en un momento en que existía en Alemania una gran agitación debido a los atentados terroristas, frente a la cual se dictaron una serie de leyes que restringieron los derechos de defensa.<sup>274</sup>

El Proyecto sigue en lo relativo a la incomunicación en general las prescripciones del Código de Córdoba, y no lo dispuesto por la legislación alemana, que obedeció a un problema concreto existente en Alemania, y que en cuanto a su regulación no es compatible con el derecho de defensa del imputado, ni con el derecho a no ser sometido a tratamientos contrarios a la dignidad humana.

## 2.5. Procedimientos especiales.

El Proyecto regula diversos procedimientos especiales: a) Procedimiento abreviado (arts. 371-379); b) Juicio por delito de acción privada (arts. 374-382); c) Procedimiento de menores (art. 383); y d) Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección (art. 384). A ellos hay que agregar el procedimiento de faltas y contravenciones (apéndice) y el de hábeas corpus (apéndice).

Los de más interés son el procedimiento abreviado, el procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y el procedimiento con menores. Sobre el primero de ellos ya me referí con anterioridad, por lo que ahora haré referencia solamente a los otros dos.

### 2.5.1. Procedimiento para aplicación exclusiva de medidas de seguridad.

De acuerdo con el Código de la provincia argentina de Córdoba, y los Códigos basados en él, si se comprueba durante la instrucción que el imputado es inimputable procede dictarse "en su favor" una sentencia de sobreseimiento e imponerle la medida de seguridad que corresponde, sin que sea necesaria la realización de un juicio oral, y negándose el derecho de defensa. Se parte, al igual que la legislación de fondo basada en el Código Penal Tipo, de que las medidas de seguridad son en beneficio del sujeto, ya que tienden a rehabilitarlo.<sup>275</sup> El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo elimina la posibilidad de aplicar una medida de seguridad sin pasar a la etapa de juicio (arts. 384-387 del Proyecto).<sup>276</sup>

En Alemania se regula también un procedimiento especial para la aplicación de las medidas de seguridad (arts. 413-416 OPP).

### 2.5.2. Procedimiento con menores.

A nivel latinoamericano se ha estructurado el Derecho Penal de Menores partiendo de que se trata de un Derecho no sancionatorio, sino que es un Derecho tutelar de los menores.<sup>277</sup> Ello ha hecho que se hayan considerado innecesarias, y hasta contraproducentes, las garantías que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal otorga a los adultos.<sup>278</sup> Se trata del mismo pensamiento que ha gobernado en Latinoamérica con respecto a las medidas de seguridad a imponer a los adultos, a las que me referí antes. No es por ello una casualidad que se haya afirmado que lo que se aplica en el Derecho Penal de Menores no son penas, sino medidas de seguridad. Esto no debe llevar a olvidar que las "medidas" que se imponen en el Derecho Penal de Menores en la realidad suponen una sanción, que en el caso del internamiento del menor en un centro no se diferencia

en mucho de la pena de prisión que se impone a los adultos. Por ello es que se ha considerado que en el Proceso Penal de Menores deben respetarse las garantías otorgadas a los adultos.<sup>279</sup> En este sentido las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores", conocidas como "Reglas de Beijing", señalan en su artículo 7.1 que "En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior".<sup>280</sup>

El Proyecto garantiza dichos derechos a menores, puesto que señala que "En la investigación y juzgamiento de los hechos punibles en que intervenga como imputado un menor de veintiún años, se procederá con arreglo a las reglas comunes del Código..." (art. 383). Indica a continuación una serie de excepciones a dicha regla, para adecuar el proceso a las necesidades de la justicia de menores. Dentro de las normas debe destacarse la realización del debate a puertas cerradas, como lo recomienda la doctrina, para evitar los efectos estigmatizadores que la publicidad puede causar. Igualmente la posibilidad de que el debate se realice sin la presencia del menor, cuando la presencia pueda ocasionar daño a la salud. Esto tiene importancia con respecto a la discusión sobre la consecuencia jurídica a aplicar al menor. Cuando se trata de un menor de 18 años, se dispone la división del debate en todos los casos en dos etapas (Schuldintelokut), a lo que hice referencia con anterioridad en lo relativo a la etapa de juicio del procedimiento ordinario. Otro aspecto de importancia en que el Proyecto presenta una regulación propia es lo relativo a la prisión preventiva (art. 383).

La Ley alemana sobre el Tribunal de Menores posee una regulación mucho más amplia que la del Proyecto sobre el proceso de menores, no desprovista del pensamiento educativo. En Alemania existe una discusión doctrinal entre los partidarios de un Derecho Procesal

Penal de Menores "educativo" y los partidarios de un Derecho Procesal de Menores "garantista de los derechos procesales". Así con respecto al defensor del menor, los partidarios de la primera posición indican que mientras en el procedimiento ordinario el defensor debe buscar la absolución o castigo suave al imputado, en el procedimiento de menores esto no está en primer lugar, sino que tiene que estar sometido a la educación del acusado. La segunda posición tiende a acentuar la función del defensor en defensa de los principios del Estado de Derecho en el procedimiento.<sup>281</sup>

### 2.6. Costas.

El Proyecto, al igual que el Código Procesal Penal de Córdoba<sup>282</sup> y la Ordenanza Procesal Penal alemana, dispone que en caso de sentencia condenatoria deben imponérsele las costas al imputado. Lo que me interesa al respecto es que entre las costas se incluye los gastos de traductores e intérpretes. Debe anotarse al respecto que la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2), establece el derecho del imputado de ser asistido gratuitamente por un traductor e intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado. Por ello la imposición al imputado de las costas ocasionadas por el nombramiento de un traductor o intérprete que lo asistió, va en contra de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es importante mencionar que en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 28 de noviembre de 1978, se declaró que Alemania Federal quebrantaba el art. 6.3 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al imponérsele al condenado el pago de las costas relativas al intérprete o traductor que lo asistió durante el proceso.<sup>283</sup> La norma citada de dicho Convenio, al igual que el artículo respectivo de la Convención Americana, establece el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

### 2.7. Indemnización al imputado.

La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 10) concede el derecho a una indemnización a favor del absuelto como con-

secuencia de un recurso de revisión. El Proyecto va más allá y estima procedente también una indemnización por los días de prisión preventiva o de internación provisional sufridos por el absuelto o sobreesfido (art. 421 y ss.).<sup>284</sup> La tendencia de la doctrina latinoamericana es a que se debe reconocer el derecho a la indemnización también en este segundo supuesto,<sup>285</sup> lo que se ha visto como una consecuencia del principio de igualdad ante las cargas públicas.<sup>286</sup> El razonamiento al respecto es éste: el imputado (absuelto o sobreesfido) ha sufrido un daño (material y moral) a través del cumplimiento de la prisión preventiva,<sup>287</sup> y que en caso de que la orden de prisión preventiva no se haya dictado en forma ilegal, dicho daño habría sido ocasionado como consecuencia del funcionamiento normal de la administración de justicia. Sin embargo, la responsabilidad del Estado en casos de funcionamiento normal del mismo cuando ha causado un daño, es la tendencia del Derecho Administrativo actual,<sup>288</sup> ya que el administrado habría sufrido un daño en beneficio de la colectividad. Así para que el principio de igualdad en el sostenimiento material del Estado se mantenga, éste debe indemnizar al que sufrió el daño.<sup>289</sup> No bastaría reconocer un derecho del imputado que fue absuelto o sobreesfido por haberse demostrado su inocencia, de modo que se negara cuando ello se debió a falta de pruebas. Una solución de ese tipo iría en contra del principio de inocencia.<sup>290</sup> Hasta la fecha han sido pocos los países latinoamericanos que han reconocido el derecho a una indemnización del imputado absuelto o sobreesfido que sufrió prisión preventiva.<sup>291</sup> Ello se ha debido sobre todo a consideraciones de tipo presupuestario.<sup>292</sup> Esto no es sino una demostración del peso de las ideas fiscales como forma de frenar la realización de las exigencias de un Estado de Derecho.<sup>293</sup>

En Alemania se considera con respecto a las medidas de coerción dictadas en forma antijurídica, que el que las sufrió tiene un derecho a indemnización del Estado con base en el art. 839 del Código Civil. Cuando la medida de coerción era conforme a derecho se aplica la Ley de Indemnización por Medidas de Persecución Penal de 8 de marzo de 1971.<sup>294</sup> Esta Ley

contempla entre otros supuestos el derecho a una indemnización al sujeto en favor del cual se declaró con lugar un recurso de revisión, o del imputado absuelto por el tiempo pasado en prisión preventiva.<sup>295</sup> Característica de la ley alemana es que la indemnización puede disponerse no sólo en favor del imputado, sino también de otras personas.<sup>296</sup> Además la indemnización no procede solamente con respecto a la prisión preventiva y a la internación provisional, sino también con relación a otras medidas de coerción.<sup>297</sup>

## 2.8. Jueces profesionales o jueces legos.

A pesar de que en la exposición de motivos del Proyecto se recomienda la participación de legos en la administración de justicia,<sup>298</sup> en el articulado no se hace un pronunciamiento sobre si se debe optar por un juicio oral con jueces profesionales o jueces legos. Simplemente se señala que se proponen dos sistemas para aquellos países que decidan incorporar ciudadanos a la labor de juzgar, integrando a los tribunales de juicio jueces accidentales (v. Apéndice II):

a) Juicio por jurados. Dicho juicio se estructura a semejanza del sistema anglosajón. En este sistema se divide el debate en dos etapas: una referente a la culpabilidad del imputado y otra a la determinación de la pena o medida de seguridad a imponer. El Tribunal que decide sobre la culpabilidad del imputado está integrado exclusivamente por jueces legos, mientras quien resuelve sobre la pena o medida de seguridad a imponer es un Tribunal profesional; y,

b) Juicio por el Tribunal de Escabinos.<sup>299</sup> Se sigue aquí el sistema establecido en Alemania.<sup>300</sup> El Tribunal aquí está compuesto por jueces legos y jueces profesionales, que desempeñan la misma función y tienen las mismas facultades.<sup>301</sup> Es importante anotar que inicialmente existían en Alemania tanto el sistema de jurados como el de escabinos. Sin embargo en 1924 se derogó el sistema de jurados.

La intervención de legos en la administración de justicia se ha considerado como una forma de participación popular en la administración de justicia, derivada de la adopción de un sistema democrático. A ello se ha respondido que el principio democrático como fundamento de los jueces legos ha perdido su razón de ser, ya que hoy día el nacimiento y la clase social ya no son requisitos para obtener un puesto como juez, sino solamente la educación jurídica. Por ello se ha dicho, se trata más bien de un asunto de política jurídica.<sup>302</sup>

La participación de jueces legos, por influencia estadounidense, ha tenido en general resultados poco satisfactorios en Latinoamérica.<sup>303</sup> A pesar de ello una serie de países conserva en disposiciones constitucionales el mandato de que en la administración de justicia penal tomen parte legos.

Se ha dicho por algunos que el fracaso de la intervención de jueces legos en Latinoamérica, es porque se ha adoptado un sistema de jurados, y no uno de escabinado.<sup>304</sup>

Debe reconocerse que el sistema de escabinado soluciona algunos de los problemas del sistema del jurado, como por ejemplo lo relativo a la valoración de la prueba, ya que permite que ésta no se haga conforme al principio de íntima convicción,<sup>305</sup> sino de acuerdo con las

reglas de la sana crítica,<sup>306</sup> evitando de esta manera el dictado de fallos arbitrarios.<sup>307</sup>

En defensa del sistema de escabinos se ha indicado en Alemania que dicho sistema impide una forma de ver jurídica unilateral y extraña al pueblo, y que la confianza de la generalidad frente a la administración de justicia queda a salvo.<sup>308</sup>

Sin embargo, debo afirmar que soy partidario de un sistema de jueces profesionales. Creo que los problemas que han existido en el sistema de jurados no se superarían totalmente con un sistema de escabinos, ya que es más fácil que los jueces legos reciban influencias extrañas que los jueces profesionales, sobre todo como consecuencia de los medios de comunicación en determinados asuntos o bien con respecto a cierto tipo de delitos que causan un gran escándalo social. A ello se añade que la dogmática penal es de gran complicación, por lo que no permite que los jueces legos vayan a ocuparse correctamente de la discusión jurídica, de modo que al respecto la influencia de los jueces profesionales del Tribunal será decisiva. Problemas adicionales se presentan con la "supresión mental" de la prueba ilícita que se hubiera recibido, la que es difícil que se lleve a cabo por los jueces legos, como consecuencia de su tendencia a buscar una sentencia conforme a la "justicia".

## CONCLUSIONES

El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica ha recibido una gran influencia del Derecho alemán, especialmente en lo relativo a la instrucción, la etapa preparatoria, las causales de oportunidad reglada, y la prisión preventiva. En algunos aspectos inclusive se ha adelantado a la Legislación Procesal Penal alemana, ya que ha acogido las propuestas doctrinales aun no materializadas legalmente, por ejemplo con respecto a la división del juicio oral en dos etapas.

Sin embargo, no se puede afirmar que el Proyecto sea una copia de la Ordenanza Procesal Penal alemana, ya que tiene una gran influencia también de la legislación de Córdoba

(Argentina). Por ello en muchos aspectos, por ejemplo el derecho a un defensor de oficio en todos los casos en que no se nombra un defensor privado, la legislación propuesta es más respetuosa de los derechos humanos que la Ordenanza alemana.

Los aspectos criticables del Proyecto son una minoría, por ejemplo lo dicho con respecto a la cosa juzgada, y al reconocimiento.

Sin lugar de dudas el Proyecto constituye un modelo de legislación respetuosa de los Derechos Humanos, que en una América Latina en la que las legislaciones siguen inspirándose en modelos inquisitivos, puede ser de gran ayuda para las futuras reformas procesales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abalos. Código Procesal Penal de Mendoza, Argentina, T.I, 1982.
- Albrecht, P.A. El Derecho Penal de Menores. España, 1990.
- Alcalá. Estatutos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En: Nuevos estudios de Derecho Procesal, España, 1980, pp. 399-410.
- Alcalá. Pequeña historia de las jornadas latinoamericanas de Derecho Procesal. En: Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala. Enero-febrero de 1981, pp. 1-8.
- Amelung. Die Verwendung eines Polygraphen ("Lügendetektors") als Beweismittel im Strafverfahren ist auch bei Einwilligung des Beschuldigten unzulässig (BVerfG, Beschl. v. 18.8.81 - 2 BvR 166/81). En: NSTZ (Alemania), Cuaderno 1, 1982, pp. 38-40.
- Amelung y otros. Die Untersuchungshaft. Arbeitskreis Strafprozessreform. Alemania, 1983.
- Anagnostopoulos. Haftgründe der Tatschwere und er Wiederholungsgefahr (§ 112 Abs.3, 112a StPO). Alemania, 1984.
- Arias, M., La naturaleza inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas. En: Ciencias Penales (Costa Rica), Nº 2, 1990, pp. 60-63.
- Armenta, T. Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos discriminadores arbitrarios en la R.F.A., con especial referencia al principio de oportunidad. En: Justicia (España), Nº 1, 1990, pp. 201-223.
- Armenta, T. Mecanismos de simplificación del proceso penal: El principio de oportunidad y los procesos monitorios. En: Un Còdice di Procedura Penale per L'America Latina. Italia, T. III, 1991, pp. 345-374.
- Armijo. La Sala Constitucional. ¿Atenta contra la jurisdicción constitucional? En: Ciencias Penales (Costa Rica), Nº 4, 1991, p. 26.
- Arloth. Geheimhaltung von V-Personen und Wahrheitserfindung im Strafprozess, Alemania, 1987.
- Ayán. Recursos en materia penal. Argentina 1985.
- Bacigalupo. Los principios de política criminal de las recientes reformas y proyectos de reforma en América Latina. En: La Reforma Penal en los Países en Desarrollo. México 1978, pp. 17-38.
- Bacigalupo. Entwicklung des Jugendstrafrecht und der kriminalrechtlichen Behandlung Jugendlicher in ausgewählten Ländern Lateinamerikanischen (Argentinien, Costa Rica, Mexiko, Kolumbien, Venezuela). En: Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug (compiladores: F. Dünkel y K. Meyer), Alemania, T. II.
- Baedeker. Entwicklung und Stand der Freiheitsstrafe in Costa Rica. Alemania, 1984.
- Barona, S. La Revisión Penal. En: Justicia, Nº 4, 1987, pp. 849-882.
- Baumann. Gesetzliche Regelung des Vollzugs der Untersuchungshaft. En: Juristische Zeitung, 1990, pp. 107-113.
- Bernal; De la Rúa; Pellegrini; Maier. Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En: Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Argentina, 1989, pp. 11-35.
- Bertolino. Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 1991.
- Binder; Maier. Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal para Guatemala, 1989.
- Bottke, W. Zur Ideologie und Teologie des Jugendstrafverfahrens. En: ZStW (Alemania), 1983, p. 69 y ss.
- Bottke, W., Wahrheitspflicht des Verteidigers. En: ZStW (Alemania), Heft 3, 1984, pp. 726-760.
- Briseño. Bases para orientar la unificación legislativa en materia procesal penal para Iberoamérica. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, setiembre de 1982, pp. 51-69.
- Bustos, J. Control Social y Sistema Penal, España, 1987.