

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA IBEROAMÉRICA (EN COMPARACIÓN CON EL DERECHO ALEMÁN)¹

JAVIER LLOBET R.

SUMARIO

	Pág.
Introducción	35
1. Aspectos previos	35
1.1. Historia del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal	35
1.2. Elaboración del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica	36
1.3. Unificación legislativa latinoamericana	38
2. Principales disposiciones del nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (en comparación con el Derecho alemán)	40
2.1. Derechos fundamentales	40
2.1.1. Juicio previo	40
2.1.2. Principio de inocencia	41
2.1.3. Principio del juez imparcial	42
2.1.4. Principio ne bis in idem	42
2.1.5. Principio de inviolabilidad de la defensa	42
2.2. Principios procesales en que se basa el proyecto	46
2.2.1. Principio de oficialidad	46
2.2.2. Principio acusatorio	47
2.2.3. Principio de legalidad	48
2.2.4. Principio de verdad material	49
2.2.5. Principios de oralidad, publicidad e intermediación	51
2.3. Etapas del procedimiento penal	52
2.3.1. Fase instructoria	52
2.3.2. Fase intermedia	53
2.3.3. Etapa de juicio	54
2.3.4. Etapa de casación	55
2.3.5. Etapa de ejecución	55

2.4. Posición del imputado	56
2.4.1. Derecho del imputado de abstenerse de declarar	56
2.4.1.1. Nociones generales	56
2.4.1.2. Investigación corporal	58
2.4.1.3. Reconocimiento del imputado en contra de su voluntad	58
2.4.2. Medidas coercitivas en contra del imputado	58
2.4.2.1. Prisión preventiva	58
2.4.2.2. Incomunicación	61
2.5. Procedimientos especiales	62
2.5.1. Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad	62
2.5.2. Procedimiento con menores	62
2.6. Costas	63
2.7. Indemnización al imputado	63
2.8. Jueces profesionales o jueces legos	64
Conclusiones	65
Bibliografía	66
Notas	74

ABREVIATURAS

<i>BBG</i>	<i>Ley General de Funcionarios Federales</i>
<i>BRRG</i>	<i>Ley Marco de Funcionarios Jurídicos</i>
<i>BVerfGe</i>	<i>Tribunal Federal Constitucional</i>
<i>C.P.P.</i>	<i>Código de Procedimientos Penales</i>
<i>GVG</i>	<i>Ley de Organización de los Tribunales</i>
<i>JR</i>	<i>Juristische Rundschau</i>
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristische Zeitung</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>NSiZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>OPP</i>	<i>Ordenanza Procesal Penal alemana</i>
<i>StV</i>	<i>Strafverteidiger</i>
<i>ZStW</i>	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
<i>ZRP</i>	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>

INTRODUCCIÓN

En materia procesal penal siguen imperando en Latinoamérica los Códigos basados en un sistema inquisitivo, no acordes con un régimen que debe respetar los derechos humanos.

Se ha dicho por muchos que una muestra del sistema político de un país es la regulación que el mismo tiene de la prisión preventiva. Si uno se atiene a ese aspecto habría que concluir que por la regulación que presenta la prisión preventiva en Latinoamérica, y los altos índices de presos sin condena, predominan en dicha región los regímenes autoritarios. Ello no es acorde con el proceso democratizador llevado a cabo en dicha región durante la década de los ochenta, que hizo que cayeran casi todos los regímenes dictatoriales.

El problema es que se ha entendido que para una adecuada represión de los delitos, deben restringirse al máximo los derechos de los acusados, y debe encarcelárseles preventivamente. Se ha malentendido así la función del Derecho Procesal Penal, ya que se le ha asignado una función importante dentro de la política de combate contra la delincuencia, de modo que se ha hecho que cumpla funciones de prevención general y especial, propias del Derecho Penal, pero no del Derecho Procesal Penal.

Dentro de este contexto es que el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo puede impulsar la reforma procesal penal en Latinoamérica, llevándola hacia un régimen respetuoso

de los derechos humanos. Pero el Proyecto, como se verá, va mucho más lejos de lo que llegó la reforma procesal introducida en Argentina (y en Costa Rica) por los Códigos de Córdoba de 1939 y 1970, y es que no sólo se preocupa de mejorar la garantía de los derechos procesales del acusado (por ejemplo con respecto a la regulación de la prisión preventiva), sino también de introducir un sistema acorde con las tendencias actuales a nivel europeo, que en definitiva ponen en entredicho por razones prácticas los principios en que se basó el Código de Córdoba, y que aprendimos en Latinoamérica a través de las enseñanzas de Vélez Mariconde y de muchos otros autores. Por ello el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo es particularmente polémico, y sin duda ha encontrado y encontrará mucha oposición.

En el presente trabajo haré inicialmente un repaso de los antecedentes del Proyecto, lo que es imprescindible para entender el porqué del mismo y la influencia que puede llegar a tener. Con posterioridad pretendo hacer un repaso de las principales normas del Proyecto, comparándolas con las correspondientes de la legislación alemana, lo que obedece a la indiscutible influencia de ésta en el Proyecto. Haré también referencia al Código de Córdoba de 1970, lo que me interesa no sólo porque en mi país, Costa Rica, se sigue casi al pie de la letra las previsiones de éste, sino también porque hasta hace poco se consideraba el modelo a seguir a nivel latinoamericano.

1. ASPECTOS PREVIOS

1.1. Historia del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal fue creado en Montevideo, Uruguay, durante las "I Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", las que se llevaron a cabo en homenaje al procesalista uruguayo Eduardo Couture.²

Las "II Jornadas" se realizaron en 1960 en México,³ las "III" en 1962 en Brasil;⁴ las "IV" en

1967 en Venezuela;⁵ las "V" en 1970 en Colombia;⁶ las "VI" en 1978 en Venezuela;⁷ las "VII" en 1981 en Guatemala;⁸ las "VIII" en 1982 en Ecuador;⁹ las "IX" en 1985 en España;¹⁰ las "X" en 1986 en Colombia;¹¹ las "XI" en 1988 en Brasil;¹² las "XII" en 1990 en España.¹³ Las "XIII", se llevarán a cabo en 1992 en México.

Es de destacar que el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal es una organización no gubernamental, formada por procesalistas

de Latinoamérica, España y Portugal. Se dedica al estudio de todo el Derecho Procesal, y no solo al Derecho Procesal Penal.¹⁴ Por ello al lado de un "Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica", existe un Código Procesal Civil Modelo.¹⁵

1.2. Elaboración del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

En las "V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", celebradas en 1970 en Colombia, se aprobaron las bases fundamentales para la legislación procesal penal de España y Latinoamérica, elaboradas por los argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo.¹⁶

De acuerdo con estas bases: 1a. Las leyes procesales penales deben ajustarse real y fielmente a los principios proclamados en 1948 en la Declaración Americana y Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y en las Constituciones de cada país. 2a. La ley procesal penal debe procurar un equilibrio razonable entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y la justicia, y el derecho individual a la libertad personal. 3a. Puesto que el imputado goza de un estado de inocencia mientras no se le declare culpable por sentencia firme, las medidas de coerción personal que contra aquél se dicten sólo deben tener carácter cautelar y provisional, y estar limitadas a lo estrictamente necesario. 4a. El principio que consagra el derecho de defensa y su inviolabilidad debe tener efectiva aplicación en todo el curso del proceso, inclusive durante la instrucción preparatoria del juicio, y debe comprender las facultades de intervenir, declarar, probar, alegar, elegir defensor y recibir asistencia técnica de éste. 5a. Los elementos de hecho que se recojan en la etapa anterior al juicio no deben tener valor probatorio definitivo, salvo que se trate de actos irreproducible y que las partes hayan tenido oportunidad de controlarlos, por haber sido oportunamente notificadas. 6a. El acto de la declaración indagatoria debe ser reglamentado como un medio de defensa, y su práctica debe ser anterior al procesamiento y prisión preventiva, y a la sentencia definitiva. 7a. Debe proscribirse la incomunicación

absoluta previa a la declaración indagatoria, que implica una coacción sobre el imputado, y ésta debe estar libre de cualquier otro tipo de coacción física, psicológica o moral, lo mismo que del empleo de drogas. La Policía deberá poner al imputado inmediatamente a disposición del juez de instrucción, sólo éste podrá adoptar medidas de coerción sobre su persona. 8a. El juicio oral deberá ser oral, público, contradictorio y concentrado, para que opere la debida intermediación del juzgador y pueda ejercitarse eficazmente la defensa. 9a. El juez debe gozar de libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin trabas impuestas por tarifa legal. 10a. El Ministerio Público debe ser un órgano autónomo, o independiente de las demás ramas del Estado. 11a. El imputado o meramente indagado tiene derecho a que se sobresea la causa definitivamente a su favor, cuando no hubiere indicios suficientes para concluir que puede ser declarado culpable. 12a. Sin perjuicio de su iniciación de oficio por el juez de instrucción, éste debe intervenir desde el primer momento en que la policía le comunique el conocimiento de un hecho delictivo o que el Ministerio Público o un particular le formulan el correspondiente requerimiento o la querrela. 13a. Debe proscribirse el sometimiento a la jurisdicción castrense o militar de asuntos que corresponden a la justicia ordinaria, con el pretexto de razones de orden público o declaración de estado de sitio.

En dichas "Jornadas" se encargó a Vélez Mariconde, Clariá Olmedo y Jorge de la Rúa que elaboraran un Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica,¹⁷ sobre la base del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina, según la propuesta de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, presidente en ese entonces del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, para quien el Código de Córdoba constituía el mejor Código Procesal Penal de América y uno de los mejores del mundo. Es de resaltar que el Código de Córdoba en su versión original fue redactado por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, y entró en vigor en 1940. Se basó principalmente en los Códigos italianos de 1913 y 1930,¹⁸ aunque también se tomaron en cuenta otras legislaciones como

la española y la alemana. El Código fue substituido en 1970 por uno nuevo elaborado por Vélez Mariconde.¹⁹ El modelo cordobés fue acogido por otras provincias argentinas²⁰ y por Costa Rica.²¹

Este primer Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica terminó siendo elaborado por Clariá Olmedo,²² quien lo presentó en 1978 en las "VI Jornadas" llevadas a cabo en Venezuela. Se basó principalmente en el Código de Córdoba de 1970 y en el Proyecto de Código Procesal Penal para la Nación elaborado por el propio Clariá Olmedo, y presentado en 1970,²³ que era bastante similar al de Córdoba.

Algunas características del Código propuesto son: a) Se regula una etapa instructoria, escrita y secreta para extraños, y una etapa de juicio, con vigencia de los principios de oralidad, publicidad e inmediación. Sin embargo, se establece el juicio escrito para el juzgamiento de los delitos cometidos en un lugar distante de 200 a 400 kilómetros, según los casos, de la ciudad en donde tenga su asiento el Tribunal. Dicha excepción no estaba contemplada en el Código de Córdoba; b) La instrucción en principio es a cargo del juez de instrucción. Sin embargo, en asuntos de poca importancia o de fácil investigación se atribuye la instrucción al agente fiscal; c) Se le atribuye al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, pero a diferencia de la legislación cordobesa, se le da participación al ofendido para provocar la elevación a juicio, regulación de influencia alemana; d) Se prevé el principio de legalidad en el ejercicio de la acción. No se contemplan causales de oportunidad reglada; e) Debe buscarse la verdad material, como consecuencia de ello se regulan los subprincipios de investigación judicial autónoma, de libertad de la prueba y de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; f) Se regula como regla la prisión preventiva cuando el delito está reprimido con prisión de más de un año, y como excepción a dicha regla la excarcelación a través de caución monetaria, y en casos excepcionales juratoria; g) En contra de la sentencia condenatoria producto del juicio oral sólo es posible la interposición de un recur-

so de casación, y no de apelación; y h) El Tribunal es integrado por jueces profesionales.

En las mismas "Jornadas" en que fue presentado el Proyecto, se decidió integrar una comisión revisora formada por Víctor Fairén Guillén; Fernando de la Rúa, Julio Maier, José Federico Márquez y Bernardo Gaitán Mahecha. Sin embargo, los dos últimos en definitiva no trabajaron en la Comisión.²⁴ En las "VII Jornadas", celebradas en 1981 en Guatemala, se somete a discusión los dictámenes presentados por Fairén Guillén, Fernando de la Rúa y Julio Maier, integrantes de la Comisión.²⁵ El informe de Fairén Guillén se refería a la privación ilegítima de la libertad ambulatoria, mientras que el de De la Rúa y Maier era sobre la parte general del Código Procesal Penal Modelo.²⁶ La discusión continúa en las "Octavas Jornadas", llevadas a cabo en 1982 en Ecuador. Se resuelve allí integrar a la Comisión revisora a Jaime Bernal Cuéllar y Ada Pellegrini.²⁷ El Instituto resuelve no seguir tratando como punto exclusivo de las siguientes Jornadas los proyectos de Código Procesal Modelo (Civil y Penal), hasta que las respectivas comisiones los presenten elaborados definitivamente.²⁸ El nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica fue presentado en las "XI Jornadas", llevadas a cabo en 1988 en Brasil. En la elaboración intervinieron en un inicio Fernando de la Rúa y Julio Maier; y posteriormente Julio Maier y Ada Pellegrini.²⁹ También participó Jaime Bernal Cuéllar.³⁰ Se indica en el Proyecto que se tomaron en cuenta las prescripciones del Código de Córdoba, según la recomendación hecha en las "Quintas Jornadas", celebradas en 1970 en Colombia.³¹ Además —se señala— se consideraron las leyes procesales de Francia, Italia, España y Alemania Federal.³² Es de destacar en especial la influencia de la legislación y doctrina alemana.³³ El Proyecto se empezó a discutir en las "XI Jornadas" realizadas en Brasil. La discusión continuó en las "XII Jornadas" celebradas en España. Se han llevado a cabo además un "Encuentro Preparatorio" (1990)³⁴ y un Congreso (1991)³⁵ en Italia para discutir el Proyecto. Debe reconocerse que en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal aún no existe

acuerdo en cuanto a la aprobación del texto propuesto.³⁶

1.3. Unificación legislativa latinoamericana.

Las luchas en contra de los colonizadores europeos hicieron surgir en América el ideal de la unidad política entre los diversos países latinoamericanos.

Fue Simón Bolívar el que puso más empeño en dicha idea, expresada en la llamada Carta de Jamaica, escrita en 1815. En 1826 se llevó a cabo en Panamá, bajo el auspicio de Bolívar, una conferencia interamericana tendiente a lograr la unidad política iberoamericana. Sin embargo, dicha conferencia terminó fracasando.

Con posterioridad se realizaron diversos congresos con el objeto de lograr uniones de Estados. Dicha idea fue abandonada en el Congreso de Lima de 1864. En lugar de ello se reforzaron los intentos de cooperación y defensa mutua.

A partir del Congreso de Washington (1888-1889), los Estados Unidos van a participar dentro de los intentos de integración regional. En dicho Congreso se funda la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas. Se pretendía la colaboración de las repúblicas americanas en los sectores político, económico y social. Sin embargo, la eficacia de dicha organización fue eclipsada por la política intervencionista estadounidense.

En 1948 se creó la Organización de Estados Americanos como organización de cooperación regional dentro del marco de las Naciones Unidas.

Tanto la Organización de Estados Americanos como la antigua Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, no pueden enmarcarse estrictamente dentro de los ideales de integración latinoamericana, ya que junto a los países latinoamericanos y los del Caribe participan los Estados Unidos, los que han desempeñado un papel hegemónico.

Se han realizado diversos intentos de integración económica entre países latinoamericanos,³⁷ por ejemplo el Mercado Común Centro-

americano.³⁸ Dichos intentos hasta la fecha han fracasado.

El Tratado interamericano de más importancia desde el punto de vista procesal penal es la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en 1969, y que entró en vigencia en 1978. Dicha Convención establece una serie de garantías mínimas de la persona humana³⁹ muy similares a la Convención Europea de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁰ Se crea en la Convención la Comisión Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁴¹ aunque a la fecha no han llegado a tener la importancia que tienen sus similares europeos.⁴² En general la doctrina latinoamericana ha aceptado que la Convención Americana de Derechos Humanos es de aplicación inmediata (self-executing) en lo relativo a las prescripciones procesales en ella contempladas.⁴³ Sin embargo, ello ha encontrado dificultades para ser admitido por los tribunales.⁴⁴ Sin lugar de dudas las prescripciones de la Convención Americana son el punto de partida de todo intento de proponer una legislación Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

En materia procesal penal tiene importancia también la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, suscrita en Colombia en 1985.

Además de dichas convenciones existe una serie de Tratados aprobados a nivel interamericano, entre ellos el Código de Derecho Internacional Privado, conocido como Código de Bustamante.⁴⁵ Existen Convenciones sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; sobre conflictos de leyes de cheques; sobre arbitraje comercial internacional, sobre exhortos cartas rogatorias; sobre recepción de pruebas en el extranjero; sobre el régimen legal de poderes para ser usados en el extranjero, etc.⁴⁶

Como antecedente de importancia al Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica hay que señalar el Código Penal Tipo para Latinoamérica, cuya parte general fue redactada en la década de los sesenta, y cuya parte especial, inconclusa, fue discutida

en la década de los setenta.⁴⁷ El Código Penal Tipo, a semejanza del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, surgió como un intento de armonización legislativa proveniente de organismos académicos.⁴⁸ Reunió a los principales penalistas iberoamericanos de la época. Dicho Código tuvo una influencia decisiva en las reformas legislativas que se emprendieron a nivel latinoamericano a finales de la década de los sesenta y principios de los setenta. Así fueron tomados en cuenta en el Código Penal de Costa Rica de 1970, los Proyectos de Colombia de 1974 y 1976, el Código Penal de El Salvador de 1973 y el Proyecto venezolano de 1969.⁴⁹ Hoy día es criticado fuertemente por la doctrina, especialmente en lo relativo a la regulación de las medidas de seguridad⁵⁰ y la ausencia de alternativas a la prisión.⁵¹ Sin embargo, debe reconocerse que fomentó la discusión doctrinal en Latinoamérica,⁵² y contribuyó a la introducción en la parte general de los Códigos Penales latinoamericanos de una serie de normas acordes a la doctrina y legislación más moderna, por ejemplo la regulación expresa de la comisión por omisión, la eliminación del versari in re ilícita a través de la adopción de una fórmula similar a la alemana en los delitos calificados por el resultado, y la previsión del sistema de días multa.

Existen Códigos Modelo para Iberoamérica también en otras ramas del Derecho como por ejemplo en Derecho Tributario⁵³ y Derecho Procesal Civil, este último como se dijo antes, presentado dentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Una de las críticas que se le hicieron al Código Penal Tipo para Latinoamérica,⁵⁴ y que puede ser trasladada al Proyecto de Código Procesal Modelo,⁵⁵ es que se pretendió proponer un modelo de legislación válido para toda Latinoamérica, no obstante las diversas realidades latinoamericanas.

Debe reconocerse que existen grandes diferencias entre los países latinoamericanos, pero los mismos están unidos también por grandes semejanzas. Son unidos por ligámenes de tipo histórico, provenientes de la etapa colonial; y de carácter jurídico, al ser receptores

del sistema continental europeo,⁵⁶ lo que ha hecho que aparte de la influencia que cada uno de los países ha recibido de los países continentales europeos (por ejemplo España, Francia, Portugal, Italia y Alemania), los países latinoamericanos se hayan influenciado unos a otros. Así la falta de barreras idiomáticas entre los países latinoamericanos de habla hispana, hace que los libros editados en un país de estos, circulen también en otros. Son frecuentes también los estudios jurídicos de Derecho Comparado que se llevan a cabo con respecto a Latinoamérica, en algunos de los cuales se hace una proposición de una legislación modelo. Entre dichos estudios debe destacarse, entre otros, los que se han llevado a cabo sobre la parte general del Código Penal;⁵⁷ la protección de los derechos humanos en el sistema penal,⁵⁸ sobre la política criminal latinoamericana,⁵⁹ sobre los presos sin condena,⁶⁰ y sobre la pena de multa.⁶¹

A lo anterior debe agregarse que los países latinoamericanos comparten problemas sociales y económicos similares, por ejemplo la marcada división de clases, la economía dependiente y la elevada deuda externa. Por supuesto en unos países esos problemas son más graves que en otros.

La mayoría de los países latinoamericanos poseen en común un pasado reciente de violación de derechos humanos a través de regímenes dictatoriales. Sin embargo las nuevas democracias fundadas en los últimos años; en general no han adecuado la legislación procesal al sistema democrático, de modo que siguen en vigencia en muchos de los países Códigos inquisitivos,⁶² herencia del período colonial. En los últimos años ha existido un gran interés en aprobar nuevos Códigos Procesales Penales, así se han emprendido labores tendientes a ello en países como Guatemala, El Salvador, Paraguay, Uruguay, Perú, Colombia y Argentina. Dentro de este marco es que un Código Procesal Penal Modelo puede servir para fomentar la reforma procesal penal en Latinoamérica, orientando ésta hacia el respeto de los derechos humanos.⁶³ Se pretende que el Código Procesal Penal Modelo pueda servir

de ayuda al legislador de cada país, para que tomándolo como punto de partida le haga las adaptaciones correspondientes a la legislación constitucional y a la realidad de su país.⁶⁴ De

hecho ya el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo ha sido tomado en cuenta como base para la reforma del Código Procesal Penal de Guatemala.⁶⁵

2. PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

Como se dijo antes el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica recibió una influencia de diversas legislaciones europeas. Sobresale en particular la influencia alemana.

De la lectura del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo se nota una gran similitud con la sistemática seguida por los Códigos de Córdoba (Argentina), de 1939 y 1970.⁶⁶ En la redacción de muchos artículos se ha seguido también la utilizada por dichos Códigos.⁶⁷ Sin embargo, en temas fundamentales, como son por ejemplo la atribución de la instrucción al Ministerio Público, la participación del querellante adhesivo, el establecimiento de causales de oportunidad reglada en el ejercicio de la acción penal, y la regulación de la prisión preventiva, se aparta el Proyecto de los Códigos de Córdoba mencionados, y toma como base la Ordenanza Procesal Penal alemana.

En el presente trabajo hago una comparación entre el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica y la Ordenanza Procesal Penal alemana, para determinar hasta dónde llega la influencia de esta última.⁶⁸ Pretendo por ello señalar no sólo las semejanzas, sino también las diferencias.⁶⁹ Debe tomarse en cuenta que mis observaciones parten de la experiencia con la legislación procesal penal costarricense, similar a la de Córdoba, Argentina. Por ello mi interés en el Proyecto es también para compararlo con el Código cordobés, específicamente el de 1970, considerado durante mucho tiempo como el modelo a seguir en Latinoamérica.

2.1. Derechos fundamentales.

El Proyecto, partiendo de lo establecido en el Código de Córdoba, regula en sus primeros

artículos los principios básicos procesales. En ello se diferencia de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que carece de la formulación expresa de esas normas.

A través de la enumeración de los "derechos fundamentales" se trata de citar los aspectos fundamentales que deben orientar el proceso penal: juicio previo, juez imparcial, tratamiento del imputado como inocente, *ne bis in idem* e inviolabilidad de la defensa. Son derechos que con frecuencia son garantizados a nivel constitucional en Latinoamérica, por lo que algunos Códigos, basados en el de Córdoba, prefieren ubicarlos bajo la denominación "Garantías Constitucionales". Ello no hace sino recordar la relación estrecha entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Penal, el que ha sido considerado como "derecho constitucional aplicado",⁷⁰ y como "sismógrafo de la Constitución".⁷¹

2.1.1. Juicio previo.

Siguiendo lo establecido en el Código de Córdoba, se indica en el art. 1 del Proyecto: "Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino después de una sentencia firme, obtenida por un procedimiento regular, llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código, con observancia estricta de las garantías para las personas y los derechos del imputado..."⁷² De dicho principio no solo se extrae la necesidad del proceso previo para la imposición de una pena (*nulla poena sine praevio iudicio*),⁷³ sino también que el proceso sea el que el Código reglamenta.⁷⁴ De esto último se deduce el principio del "debido proceso" (*due process of law*),⁷⁵ elaborado por el derecho anglosajón.

2.1.2. Principio de inocencia.

El principio de inocencia es sin duda el principio de mayor importancia dentro del proceso penal, aunque sus consecuencias han dado lugar a una gran discusión aún no terminada.

El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica lo regula de manera expresa, a diferencia de la Ordenanza Procesal Penal alemana. Así señala en su artículo 3 que "el imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto, una sentencia firme le imponga una pena o medida de seguridad o corrección..." Se trata de un principio que se encuentra garantizado en la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 8.2, y al que varias Constituciones latinoamericanas hacen mención en forma expresa,⁷⁶ o implícita.⁷⁷

En Alemania el principio de inocencia se encuentra reconocido expresamente a través de la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6 II).⁷⁸

En cuanto al contenido del principio de inocencia no hay acuerdo doctrinal.⁷⁹ A nivel latinoamericano pocas veces se ha estudiado con detenimiento, ya que la preocupación latinoamericana se ha centrado en cuestiones meramente teóricas, por ejemplo si se está ante una "presunción de inocencia" o bien ante un "estado de inocencia". En realidad, tanto a nivel latinoamericano como a nivel alemán se ha tendido a enumerar algunas consecuencias que tendría el principio de inocencia.

La discusión inicial es si el principio de inocencia tiene importancia solamente cuando se dicta la sentencia, de modo que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho se dicte una sentencia favorable al acusado (in dubio pro reo), o bien tiene importancia también durante el desarrollo del procedimiento.

Esta última posición es la que ha dominado en general en Latinoamérica y es la que sigue el Proyecto en el artículo 3 mencionado. En este sentido debe entenderse la expresión de que el imputado debe ser "tratado" como inocente durante el procedimiento.⁸⁰ Dicho artículo contempla también criterios de restricción de las medidas coercitivas y además como

regla general que "la duda favorece al imputado".⁸¹

En Latinoamérica se ha tendido a aceptar que del principio de inocencia se deducen dos subprincipios:⁸² a) el imputado no tiene obligación de probar su inocencia, sino debe demostrarse su culpabilidad para que pueda ser condenado. Así no tiene obligación de aportar prueba en su contra, pudiendo abstenerse de ello sin que se vaya a tomar en su contra (art. 41 del Proyecto). Si luego de la realización del debate no existe la certeza de su culpabilidad debe ser absuelto (in dubio pro reo: art. 3 del Proyecto); y b) el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante la tramitación de la causa, solamente en forma excepcional se permite el encarcelamiento preventivo (art. 202 del Proyecto). Es importante anotar que este aspecto, que es el que puede dar lugar a mayores controversias, es en general aceptado a nivel latinoamericano, ya que se considera que el principio de inocencia impone limitaciones al mismo legislador en cuanto a las causales de prisión preventiva admitidas. Por ejemplo en general la doctrina admite que la prohibición de excarcelación en caso de que se acusen ciertos delitos (y exista sospecha fundada de culpabilidad), es contraria al principio de inocencia.⁸³ Hoy día un sector de la doctrina en Latinoamérica admite solamente la fuga, el peligro de fuga y el peligro de oscurecimiento de la prueba como causales de prisión preventiva compatibles con el principio de inocencia.⁸⁴ Sobre la regulación del Proyecto con relación a este tema volveré al referirme a la prisión preventiva.

En Alemania la discusión sobre el principio de inocencia ha sido mucho más intensa, no existiendo acuerdo doctrinal,⁸⁵ salvo en lo relativo a que del principio de inocencia se deriva el principio in dubio pro reo, aspecto que es inclusive controvertido por un sector minoritario.⁸⁶ Algunas consecuencias que diversos autores han dicho que tendría la presunción de inocencia son: la exigencia de un proceso de partes semejante al anglosajón; la necesidad de regular el "Schuldinterlokut";⁸⁷ la garantía del derecho de abstenerse de declarar; el quebranto a la presunción de inocencia a través de las

condiciones y mandatos que debe cumplir el imputado para el archivo del proceso (art. 153a OPP); la prohibición de mencionar el grado de sospecha; la no autorización de dar un trato distinto entre sospechosos y no sospechosos; los problemas existentes entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia, especialmente con respecto a las causales de "gravedad del hecho" (art. 112a 1 OPP) y de "peligro de reiteración" (art. 112a 2 OPP); el establecimiento de límites temporales absolutos a la prisión preventiva; la estructuración de la ejecución de la prisión preventiva teniendo en cuenta el carácter de inocente del imputado; el *in dubio pro reo*, etc.⁸⁸

2.1.3. Principio del juez imparcial.

El art. 2 del Proyecto indica: "El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales independientes de los poderes del Estado, sólo sometidos a la ley. La ejecución penal estará a cargo de un tribunal judicial. Por ninguna causa los restantes poderes del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de causas pendientes o el restablecimiento de las ya terminadas por decisión firme. Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa".

Se regula en dicho artículo la imparcialidad de los jueces, la independencia judicial y el principio del juez legal.⁸⁹ En la redacción resalta el énfasis que se da a la independencia judicial frente a los otros Poderes del Estado, lo que evidentemente obedece a los antecedentes existentes a nivel latinoamericano.

Con respecto a la imparcialidad de los jueces, el Proyecto, siguiendo lo establecido por la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 24.2), establece como una de las causales de recusación la existencia de un motivo serio y razonable que funde el temor de parcialidad (art. 25). Se corrigen así los problemas que la regulación taxativa de los motivos de apartamiento del juez, prevista en el Código de Córdoba,⁹⁰ ocasionan.

2.1.4. Principio *ne bis in idem*.

Se encuentra previsto en el art. 4 del Proyecto, que señala que "Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho..."⁹¹

En Latinoamérica la doctrina considera que una consecuencia del principio "*ne bis in idem*" es que no es posible un recurso de revisión en contra del absuelto o condenado. Ello no ocurre en Alemania, en donde se ha regulado con amplitud la posibilidad de recurrir en Revisión en contra del absuelto o condenado (art. 362).⁹²

El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo parte en principio de la no posibilidad de un recurso de revisión en contra del imputado. Sin embargo, autoriza una causal de Revisión en contra de éste, cuando el sobreseimiento o absolutoria se hayan basado en la extinción de la acción penal por muerte del imputado, y se alega en la vía de revisión que aún vive (art. 359). Aun cuando debe reconocerse que esta causal persigue que impere la justicia, debe optarse por la seguridad jurídica que exige el respeto del principio "*ne bis in idem*".⁹³

2.1.5. Principio de inviolabilidad de la defensa.

El Proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica regula en forma expresa la inviolabilidad del derecho de defensa.⁹⁴ Una previsión expresa de tal principio no se encuentra en el Código de Córdoba.

Indica el art. 5 del Proyecto: "Es inviolable la defensa en el procedimiento. Salvo las excepciones expresamente previstas en este Código, el imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y de formular todas las instancias y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario por la autoridad correspondiente; cuando esté privado de su libertad personal, podrá formular sus instancias y observaciones por intermedio del encargado de su custodia, quien las transmitirá inmediatamente al tribunal de la causa o al Ministerio Público. El imputado tiene derecho a elegir a un defensor letrado de su confianza. Si no lo hiciere, el

tribunal designará de oficio un defensor letrado, a más tardar antes de que se produzca la primera declaración del imputado sobre el hecho, según la reglamentación para la defensa oficial. Si prefiriese defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará, sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, designará de oficio un defensor letrado, sin que ello menoscabe su derecho a formular instancias y observaciones, previsto en el párrafo anterior. La misma disposición rige para el condenado o para aquel a quien se le hubiere impuesto una medida de seguridad y corrección, en lo pertinente, hasta la extinción de la pena o la medida".

Es importante resaltar que la designación de oficio de un defensor en todos los casos en que no se designa un defensor particular (y no se autoriza la autodefensa), se fija como una consecuencia del principio de inviolabilidad de la defensa (y del de igualdad de armas, agregó). Se sigue así la regulación establecida en el Código Procesal Penal de Córdoba. La legislación alemana al respecto es insuficiente, pues no establece en forma absoluta dicho derecho, de modo que no existe derecho a un defensor de oficio en todos los casos (art. 140 OPP). Entre otras causales, es importante anotar que en Alemania existe derecho a un defensor de oficio cuando el delito inculcado estuviese castigado con pena privativa de libertad mínima de un año o superior a un año; y cuando la gravedad del hecho o la dificultad de la cuestión fáctica o jurídica, haga que el nombramiento del defensor parezca conveniente. Sin embargo, debe reconocerse que en Alemania se trata de garantizar en la medida de lo posible el derecho de elección libre del defensor de oficio del imputado, esto entre los abogados inscritos en el Distrito del Tribunal (art. 142 I OPP),⁹⁵ derecho que no se garantiza en el Proyecto ni actualmente a nivel latinoamericano.⁹⁶

Otro aspecto en que el Proyecto supera la regulación de la Ordenanza Procesal Penal alemana es en lo concerniente al momento en que debe nombrarse el defensor de oficio. En el art. 5 del Proyecto (transcrito arriba), se indica que si el imputado no ha elegido un defen-

sor particular, debe nombrársele uno público a más tardar antes de que se produzca la primera declaración del imputado sobre el hecho. Esto ocurre durante la instrucción. La Ordenanza alemana dispone que el nombramiento del defensor de oficio se llevará a cabo en los casos previstos antes de que el imputado sea invitado a declarar durante la etapa intermedia (art. 141).⁹⁷ Durante la instrucción puede nombrarse un defensor de oficio a petición del Ministerio Público, cuando éste estima que será necesaria la participación de un defensor público por estarse en uno de los casos de defensa necesaria.⁹⁸

El Proyecto deja clara la función de asistencia que cumple el defensor del imputado, al señalarse que el imputado puede exigir antes de declarar la presencia de su defensor y consultar con él la actitud a asumir (art. 41).⁹⁹ En Alemania la participación del defensor como asistente del imputado entra en tensión con la definición del defensor como "órgano de la administración de justicia" (art. 1 de la Ley Federal sobre la Abogacía: BRAO), lo que crea una serie de problemas relacionados con los límites de la función de asistencia cumplida por el defensor.¹⁰⁰

El número máximo de defensores que puede tener un imputado se fija en el Proyecto en 2, siguiendo al respecto lo previsto en el Código de Córdoba. La Ordenanza Procesal Penal alemana limitó en 1975 el número de defensores a 3, como consecuencia de la experiencia en asuntos de terrorismo, en los cuales los imputados como forma de obstruir el desarrollo del proceso nombraban gran cantidad de defensores.¹⁰¹

Un aspecto sobre el que la Ordenanza Procesal Penal alemana tuvo una gran influencia (art. 138 a OPP) es la regulación de las causales de apartamiento del defensor (art. 54 del Proyecto), las que fueron establecidas en Alemania como consecuencia de la experiencia en la tramitación de los delitos relacionados con el terrorismo, y en los cuales muchas veces el defensor era un integrante del grupo terrorista, y hasta había participado en los hechos.¹⁰² A través de las causales de apartamiento previstas en el Proyecto se separa de la

defensa al defensor que con un grado de probabilidad participó en los hechos acusados, actuó como encubridor, participa en la asociación ilícita o banda que tiene relación con el ilícito, o bien participa en la evasión del imputado (art. 54). Dentro de las causales de apartamiento del defensor se incluye el haber sido testigo del hecho, causal no prevista en la legislación alemana,¹⁰³ pero que la doctrina latinoamericana, aun sin precepto legal expreso, ha defendido.¹⁰⁴

Con respecto al derecho del defensor de consultar el expediente durante la etapa instructoria, el Proyecto regula como regla el derecho del defensor de consultar el expediente. Como excepción a ello se indica que el Ministerio Público "...podrá disponer, sólo una vez, el secreto total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de la instrucción que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva. No obstante, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá disponer el secreto, con mención de los actos a los cuales se refiere, por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto ordenado, que nunca superará las cuarenta y ocho horas..." (art. 255). No se siguió al respecto la legislación alemana que es mucho más restrictiva, ya que permite que sin límite de tiempo el Ministerio Público decreta el secreto de la instrucción mientras se lleva a cabo la instrucción, ello cuando lo considere conveniente para la averiguación de la verdad (art. 147 OPP). En la práctica la regla es la negativa del Ministerio Público a enseñar las actas.¹⁰⁵

En lo relativo al nombramiento de un perito, el Proyecto no es claro sobre si debe nombrarse o no cuando el Tribunal posee los conocimientos profesionales exigidos (art. 180). La legislación alemana indica en forma expresa que en dicho caso puede ser rechazada la solicitud probatoria de interrogatorio de un

perito (art. 244.4 OPP). Al respecto comparto la posición de Clariá, cuando dice que si se prescindiera del nombramiento cuando el Tribunal tenga los conocimientos necesarios para captar por sí mismo el objeto probatorio que requiere ser explicado técnica, científica o artísticamente, "...las partes podrían ser excluidas del contralor y valoración de las operaciones periciales, y se destruiría el principio según el cual el juez no puede fundamentar su sentencia con base en sus conocimientos personales. De esta manera la pericia quedaría excluida del contradictorio, confundiendo el juicio del perito con el juicio del juez".¹⁰⁶ Se trata en definitiva de un problema relacionado con el principio de inviolabilidad de la defensa, incluyendo dentro de éste no sólo al imputado, sino también al Ministerio Público, querellante adhesivo y partes civiles. La controversia doctrinal que ha existido en Latinoamérica sobre el punto, merece que se regule en forma expresa que el Tribunal debe proceder al nombramiento del perito aun cuando posea los conocimientos en la técnica, ciencia o arte.

Un aspecto relacionado con el derecho de defensa del imputado (y de los otros intervinientes), es el relativo al nombramiento de los llamados consultores técnicos (art. 109 del Proyecto), los que no están regulados en la Ordenanza Procesal Penal alemana. Sin embargo, en Alemania se permite que los defensores se hagan acompañar durante el debate de hombres de ciencia.¹⁰⁷ El Código de Córdoba los contempla, pero atribuyéndoles la calidad de peritos, que se suman a los nombrados por el tribunal, lo que provocó una discusión sobre las relaciones del "perito de parte" con el proponente de su nombramiento.¹⁰⁸ En el Proyecto "...se persigue... adecuar la institución de los llamados 'peritos de parte' a su verdadera función, la de colaboradores de la defensa de un interés y, por tanto, evitar la tarea discutible y penosa de intentar conciliar el interés de aquél a quien responden, con el dictamen pericial; ahora representan, inequívocamente, un interés, y por ello, obran sólo asesorando al titular de ese interés sobre cuestiones referentes a su conocimiento específico, para la mejor defensa de ese interés".¹⁰⁹

El Proyecto señala, a diferencia de lo previsto en Alemania (art. 163 a 4 OPP), que "la policía no podrá interrogar autónomamente al imputado..." (art. 48). Un sector de la doctrina latinoamericana ha combatido desde hace mucho tiempo la posibilidad de que la policía reciba declaración al imputado. Se basa ello en una desconfianza fundada hacia la actuación de la policía en general, y en particular en Latinoamérica.¹¹⁰

El Proyecto no permite la condena del imputado en rebeldía, ya que ésta supondría un quebranto al principio de inviolabilidad de la defensa (art. 40).¹¹¹ El Código de Córdoba, que se tomó como base para la redacción de los efectos de la rebeldía, ni la Ordenanza Procesal Penal alemana permiten la condena de los ausentes (art. 285).

Importante es mencionar lo dispuesto por el art. 322, párrafo 2, del Proyecto, en el que se indica que "En la condena, el Tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda de su competencia. Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto legal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de elevación a juicio, si previamente no fue advertido sobre la *modificación posible de la calificación jurídica*. La regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y las medidas de seguridad y corrección" (el subrayado es mío). Dicha norma tiene un origen en la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 265 OPP). Se trata de garantizar no tanto el principio acusatorio (puesto que el Tribunal puede actuar sin necesidad de solicitud del Ministerio Público), sino el derecho de defensa del imputado, de modo que se eviten las condenas "sorpresivas".¹¹² Dicha disposición supone un notable avance frente a aquellas regulaciones basadas en la de Córdoba, que facultan al Tribunal de Juicio a variar con libertad la calificación jurídica siempre que se respeten los hechos acusados.¹¹³

No se establece en el Proyecto que los funcionarios deban tener autorización de sus superiores para rendir declaración. De acuerdo con la legislación alemana los jueces y funcionarios mencionados en el art. 54 de la Ordenanza Procesal Penal, requieren de una autorización previa de su superior para rendir declaración como testigos.¹¹⁴ Cuando se autoriza la declaración del funcionario que recibió la información de una persona de confianza (V-Mann),¹¹⁵ pero no se permite que se revele el nombre de ésta, surge el problema de si es posible utilizar la información dada por el hombre de confianza, que llega sólo en forma indirecta a conocimiento del Tribunal. La legislación alemana no dice si se puede permitir introducir al debate la declaración del hombre de confianza a través del funcionario que recibió la información. Ello ha dado lugar a una gran discusión jurisprudencial y doctrinal.¹¹⁶ Se trata de un problema relacionado no sólo con el principio de inmediación, sino fundamentalmente con relación al derecho de defensa, específicamente el derecho a interrogar a los testigos de cargo, al que hace referencia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 e)¹¹⁷ y la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6.3 d).¹¹⁸

El Proyecto contempla la reposición del plazo (*restitutio in integrum*). Se dice así que "quien, sin su culpa, por defecto de la notificación, por fuerza mayor que no le sea imputable o por un acontecimiento fortuito insuperable, se haya visto impedido de observar un plazo y desarrollar en él una actividad prevista en su favor, podrá obtener la reposición íntegra del plazo, con el fin de realizar el acto omitido o ejercer la facultad concedida por la ley, a su pedido..." (art. 119). Una norma similar se encuentra en la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 44), pero no en el Código de Córdoba.¹¹⁹ La no contemplación de la *restitutio in integrum* en el Código de Córdoba, obedeció a la recepción de una norma de indiscutible influencia fascista, establecida en el Código Rocco.¹²⁰ El no contemplar la restitución del plazo, como en el Código de Córdoba, hubiera supuesto un quebranto al principio de inviolabilidad de la defensa.

2.2. Principios procesales en que se basa el Proyecto.

La doctrina latinoamericana ha estado acostumbrada a estructurar el Proceso Penal de acuerdo con una serie de máximas. Así se han formulado como válidos en las diversas etapas procesales el principio de oficialidad, el principio acusatorio, el principio de legalidad y el principio de verdad material; y con respecto a la etapa de juicio el principio de oralidad, el principio de inmediación y el principio de publicidad. Hoy día la tendencia es a reconocer, fundamentalmente por razones prácticas, excepciones a los mencionados principios procesales, de modo que se habla de una "reprivatización"¹²¹ o "consensualización"¹²² del Proceso Penal.

El nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica no escapa de esta tendencia, como se verá luego. Ello sin duda lo hace muy polémico, ya que rompe la estructura del Proceso Penal con que está acostumbrada a trabajar la doctrina latinoamericana.

El desarrollo de los principios que hará a continuación no se referirá exclusivamente a lo relacionado con la nueva tendencia mencionada, sino también con respecto a otros aspectos de interés del Proyecto.

2.2.1. Principio de oficialidad.

De acuerdo con el principio de oficialidad le corresponde al Estado la persecución de los delitos, debiendo hacerlo de oficio (art. 229 del Proyecto. Art. 160 de la OPP alemana). Excepciones tradicionalmente contempladas en los diversos Códigos existen con respecto a los delitos perseguibles a instancia privada (art. 229, párrafo 3, del Proyecto), en que la instancia del ofendido opera como una condición de procedibilidad,¹²³ y los delitos de acción privada (art. 86 del Proyecto), en los cuales es el "ofendido" quien promueve y ejerce la acción penal.¹²⁴

Como consecuencia del principio de oficialidad se ha tendido a otorgarle el monopolio de la acción penal pública al Ministerio Público, reduciendo al ofendido a un papel de denunciante y testigo.¹²⁵ Se ha permitido también que

actúe como actor civil en el proceso penal, pero con poderes muy restringidos, puesto que sólo se le da participación en lo concerniente a la acción civil.¹²⁶ Este es el sistema del que parte el Código de Córdoba, Argentina, y gran parte de los Códigos Procesales Penales latinoamericanos. Debe reconocerse que existen también diversos países de dicha área geográfica en que se ha regulado la llamada "acción popular".

En el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo, bajo la influencia de la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 395 y ss.), se le da participación al "ofendido"¹²⁷ como "coadyuvante del Ministerio Público" ("querellante adhesivo") (art. 78). Ello se enmarca dentro de la tendencia internacional hacia una mayor participación de la "víctima" en el procedimiento penal.¹²⁸

La "víctima" desempeña en el Proyecto una función de control del Ministerio Público con respecto al ejercicio de la acción penal. Así puede objetar el requerimiento del Ministerio Público de archivar (por razones que no son de oportunidad) o bien de sobreseer la causa (art. 269).¹²⁹ No se le da intervención alguna cuando el archivo es por razones de oportunidad reglada, ni cuando se suspende el proceso a prueba (art. 83, párrafo 2o.), ello a semejanza de lo que se dispone en la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 397.2).¹³⁰ Se diferencia el Proyecto de lo regulado en la Ordenanza alemana con respecto al archivo por razones de legalidad (art. 172), en que en el Proyecto el Ministerio Público no puede proceder por sí solo al archivo del proceso, sino es necesario que se solicite el archivo al Tribunal. Este puede rechazar la solicitud aun cuando el querellante adhesivo no se haya opuesto.¹³¹

En el Proyecto pueden oponerse al archivo solicitado por el Ministerio Público, tanto el querellante como el que haya pretendido serlo (art. 269).¹³² En ello se diferencia de la legislación alemana. En Alemania la acción adhesiva supone que ya ha instado el Ministerio Público, por lo que el "ofendido" lo que hace es adherirse a él; mientras que en el proceso de reforzamiento de la acción (Klageerzwingungsverfahren) no participa el querellante adhesivo

(Nebenkläger), puesto que el "ofendido" no ha tenido aún oportunidad de apersonarse presentando la acción adhesiva.¹³³

El "ofendido" admitido como interviniente en el proceso penal (querellante adhesivo) puede, de acuerdo con el Proyecto, además ofrecer prueba (art. 276) y participar en el debate (art. 83). Puede también "pedir" al Ministerio Público que se presente recurso de casación en contra del imputado, o bien que se amplíe el recurso presentado (art. 339).¹³⁴ Para ello su "petición" se debe hacer con las formalidades de un recurso de casación. El Ministerio Público decidirá si acoge la "petición", correspondiéndole responsabilidad disciplinaria en caso de que no haya actuado correctamente. En la Ordenanza Procesal Penal alemana se le dan mayores poderes al querellante adhesivo, ya que puede recurrir independientemente de la Fiscalía (art. 401). Debe indicarse que en Alemania algunos propugnan por la eliminación del querellante adhesivo, ello ya que se dice que persigue solamente intereses individuales, sea la venganza y la indemnización civil.¹³⁵ Se trata de la misma argumentación dada en Latinoamérica con respecto a la eliminación de toda participación de la "víctima" en el ejercicio de la acción penal pública.¹³⁶ Sin embargo, debe anotarse que la participación de la "víctima" es un control importante frente a la burocratización a que tiende el Ministerio Público.¹³⁷ Por otro lado, la "víctima" tiene un interés legítimo en el desenlace del proceso.

En definitiva el Proyecto trata de hacer compatible el principio de oficialidad con una mayor participación del "ofendido" dentro del proceso penal, manteniendo en un carácter preponderante al Ministerio Público, e instituyendo al "ofendido" como un simple coadyuvante de éste (art. 83). Es de criticar, sin embargo, que no se regula en el texto principal del Proyecto, sino solamente como alternativa para aquellos países que deseen dar más intervención penal a las asociaciones intermedias, el que "en los delitos de acción pública, las asociaciones, reconocidas por el Estado, podrán asumir el papel de querellante, por sí mismas, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos, y por el pedido del ofendido en los demás

casos, siempre que la persecución penal se vincule con el objeto de la asociación".¹³⁸ Una regulación de ese tipo (no contemplada en la legislación alemana) es necesaria como medio de control de la actividad del Ministerio Público en los delitos llamados "de intereses difusos".¹³⁹

El Proyecto establece (fuera del texto principal), para aquellos países que prefieran, políticamente, un querellante con mayores atribuciones para la persecución penal e incorporar la acción popular como alternativa a la regulación relatada, la "acción popular", pero limitada a los delitos que afecten intereses colectivos o cometido con abuso de la autoridad pública. El contemplar como alternativa la "acción popular", obedece a que se busca la aceptación del Proyecto en aquellos países en los que la "acción popular" tiene una gran tradición, aparte de que se trata de establecer un control que evite las violaciones a los derechos humanos que se han dado a nivel latinoamericano.¹⁴⁰

Es de lamentar que en el Proyecto no se le otorgaran facultades al "ofendido" por el hecho de serlo, sin necesidad de que se apersona como querellante adhesivo. En ese sentido en la Ley alemana de Protección a la Víctima, de 1986, se dispuso, entre otros aspectos, el derecho a examinar los autos en tanto no se oponga a ello un interés preponderante digno de protección, del inculpaado o de un tercero (art. 406 d) OPP); el derecho del ofendido a la asistencia letrada (art. 406 f) OPP) y el derecho a ser informado sobre el desenlace del proceso (art. 406 d) OPP).

2.2.2. Principio acusatorio.

A través del principio acusatorio se han separado las funciones de acusar y juzgar, no pudiendo actuar el órgano juzgador de oficio ("Wo kein Kläger, da kein Richter"; "ne procedat iudex ex officio"; "nemo iudex sine actore").

El Proyecto garantiza el citado principio. Así establece que el Ministerio Público es a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal (art. 68), no pudiendo actuar el órgano jurisdiccional de oficio.

Es importante anotar que le confiere al Ministerio Público la realización de la instruc-

ción preparatoria (Ermittlungsverfahren), lo que se hace como una forma de garantizar el principio acusatorio.¹⁴¹ Sobre ello volveré más adelante.

2.2.3. Principio de legalidad.

La legislación latinoamericana tiende a establecer sin excepción el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal pública, excluyendo así todo criterio de oportunidad. Como consecuencia de ello la promoción de la acción penal pública es siempre necesaria. Igualmente una vez promovida la acción penal no puede suspenderse ni hacerse cesar. Así sucede por ejemplo en el Código de Córdoba y los que lo han tenido como modelo.¹⁴²

El Proyecto establece como regla el principio de legalidad (art. 229), y como excepción a dicha regla criterios de oportunidad reglada (art. 230).¹⁴³ En la regulación de las causales que se recomiendan, la legislación alemana desempeñó una gran influencia. Deben destacarse como causales de oportunidad la insignificancia o falta de frecuencia del hecho, de modo que no afecta el interés público (cuando la pena mínima no supere los 3 años y además no se trata de un delito cometido por un funcionario público), y la contribución o culpabilidad leve del agente en la comisión de un hecho en que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. Dichas causales tienen una influencia de la legislación alemana (art. 153 OPP),¹⁴⁴ que contempla como una de las causales de archivo por razones de oportunidad la culpabilidad ínfima del autor cuando no existe un interés público en la persecución. Si bien debe aceptarse el archivo del proceso en asuntos de bagatela, debe reconocerse que la redacción de las citadas causales del Proyecto, y la de la causal mencionada de la Ordenanza Procesal Penal alemana, envuelven el problema de la falta de precisión,¹⁴⁵ lo que evidentemente lleva a problemas relacionados con el tratamiento igual a los diversos imputados que se encuentren en situaciones similares, tal y como ha ocurrido en Alemania.¹⁴⁶ Nótese que con respecto a la legislación alemana no existe unanimidad doctri-

nal sobre qué debe entenderse por "culpabilidad escasa" e "interés público".¹⁴⁷

El archivo por razones de oportunidad necesita en el Proyecto la autorización del juez de instrucción. En ello se diferencia de la legislación alemana, la que establece que la aprobación del Tribunal (que interviene en la etapa intermedia) no se requiere en caso de delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año (Vergehen), que se hubiera dirigido contra un patrimonio ajeno, y no estuviera amenazado con una pena elevada al mínimo, cuando los daños causados fueran mínimos. La posibilidad de archivo sin autorización judicial ha sido criticada por la doctrina alemana.¹⁴⁸

El principal fundamento que se da para la admisión de criterios de oportunidad es la imposibilidad real del Estado de juzgar todos los delitos que se cometen en su territorio, por lo que deben seguirse criterios selectivos de acuerdo con la gravedad del hecho. Se ha dicho con razón que lo que se hace al regular criterios de oportunidad como excepción al principio de legalidad, no es sino contemplar una situación que en forma informal se da en la práctica sin ningún control.¹⁴⁹

Se distingue en el Proyecto entre causales de "oportunidad" y causales de "suspensión del proceso a prueba" (art. 231). Se regula esta última como "una anticipación de las instituciones de la condena condicional, la remisión de la pena a prueba o la suspensión de la pena, para que funcionen sin condena".¹⁵⁰ Se persigue evitar los efectos perniciosos que tiene la persecución penal y la condena,¹⁵¹ lograr el descongestionamiento de los tribunales, y garantizar en la medida de lo posible el derecho a la indemnización que posee la víctima del delito. Por esto último se enmarca dentro de la tendencia internacional hacia el fortalecimiento del papel de la víctima en el proceso penal.¹⁵² Se trata de una solución consensual, ya que se requiere la anuencia del imputado, el que debe admitir además la veracidad de los hechos que se le atribuyen. El Tribunal (que interviene en el procedimiento intermedio), debe aprobar la suspensión del proceso a prueba.¹⁵³

Importante es resaltar que no procede con respecto a todos los delitos, sino se requiere que sea admisible la condena condicional, la suspensión condicional de la pena o la remisión de la pena.¹⁵⁴

Requisito fundamental para la "suspensión a prueba del proceso" es que "...el acusado hubiere reparado el daño convenientemente; afianzare esa reparación; demostrare la absoluta reparación de hacerlo; o asumiere formalmente la obligación de reparar el daño de acuerdo con sus posibilidades, y como parte de las condiciones de prueba". Ello es conforme a la tendencia hacia el reconocimiento de la reparación del daño (Wiedergutmachung), como causal de archivo del proceso (o bien de exclusión de la pena).¹⁵⁵ Importante es que se establece no sólo como causal de "suspensión del proceso a prueba" la efectiva reparación o la promesa de ella, sino también se contempla los casos en que el imputado demuestra su imposibilidad de llevar a cabo la reparación, o bien se compromete a realizarla de acuerdo con sus posibilidades. Dicha solución combate las críticas que se le han hecho a la reparación como contraria al principio de igualdad entre ricos y pobres.

Aparte de lo dicho sobre la reparación, puede imponerse diversas instrucciones de comportamiento al imputado, por ejemplo de residencia, capacitación, abstención de usar ciertas sustancias, prestar trabajo no retribuido en favor del Estado, etc.¹⁵⁶

La regulación de la "suspensión del proceso a prueba" contemplada en el Proyecto, sin duda recibió una influencia del art. 153 a) de la Ordenanza Procesal Penal alemana, introducido en ésta en 1975.¹⁵⁷ Sin embargo, en el Proyecto la reparación ocupa un papel preponderante, mientras que en la Ordenanza Procesal Penal alemana se regulan otras medidas alternativas a la reparación, tales como el pagar una cantidad en favor de una institución de utilidad pública o del Estado; el proporcionar prestaciones de otra forma útiles públicamente; el cumplir obligaciones alimenticias en determinada magnitud. Tal vez debido a que se establecen de manera alternativa estas medidas, y no subsidiaria a la exigencia de la reparación, ésta

no ha tenido mayor utilización práctica. Así en 1987 el 98,5% de las obligaciones consistía en el pago de una multa, solo el 0,8% en reparación de los daños y el 0,7% en prestaciones de trabajo en provecho de la comunidad.¹⁵⁸

Es criticable tanto en la legislación alemana como en el Proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica (art. 83), el que no se le dé participación al ofendido en el procedimiento de suspensión del proceso a prueba. Debido a que la reparación del daño está regulada entre las causales contempladas en la Ordenanza Procesal Penal alemana para la suspensión del proceso, y es el requisito fundamental en el Proyecto iberoamericano, es claro que debería dársele oportunidad a la víctima de participar oponiéndose a la suspensión y bien prestando su conformidad, resolviendo su reclamo el Tribunal.

2.2.4. Principio de verdad material.

De acuerdo con el principio de verdad material lo que importa en el proceso penal es la investigación de la verdad histórica, y no la verdad "consensual" ni la "legal" (tasación del valor de las pruebas).

De dicho principio se extraen los subprincipios de investigación judicial autónoma, libertad de la prueba, y valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, todos ellos regulados por el Proyecto en comentario.¹⁵⁹

Sin embargo el principio de verdad material no debe llevar a la investigación de la verdad a cualquier precio, de modo que se autorizara el quebranto de los derechos de la persona que sirve de medio de prueba.¹⁶⁰

El art. 45 del Proyecto se refiere a los métodos prohibidos de la declaración del imputado. Indica que "En ningún caso se le requerirá al imputado ratificación solemne de su exposición, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, salvo aquellas expresamente autorizadas por la ley penal o procesal, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvenciones tendientes a obtener su declaración. Toda medida que menoscabe la libertad de decisión