

# Documentos Penales y Criminológicos

Volumen 2

Ernesto Pedraz Penalva  
Eugenio Raúl Zaffaroni  
Sergio J. Cuarezma Terán

(Directores)



# Documentos Penales y Criminológicos

Volumen 2

Ernesto Pedraz Penalva  
Eugenio Raúl Zaffaroni  
Sergio J. Cuarezma Terán

(Directores)



N

345

D 636 Documentos Penales y Criminológicos 2 /  
Ernesto Pedraz Penalva (y otros)  
– 1a ed. – Managua : HISPAMER, 2004.  
560 p.

ISBN: 99924-57-29-5

1. DERECHO PENAL.
2. PROCEDIMIENTO PENAL

**Cuidado de edición**

Roxana Zapata López  
Sergio J. Cuarezma Terán

**Revisión de textos**

Alicia Casco Guido

**Diseño interior y de portada**

Sergio Flores Balmaceda

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Ernesto Pedraz Penalva y otros, 2004

© HISPAMER, 2004

Primera Edición 2004

Costado Este de la UCA, Apartado A-221, Zona 13  
Managua, Nicaragua

Depósito Legal: N° 0005 - 2004

Impreso por Quebecor-World Bogotá, Colombia



# Índice

## I Derecho Penal

Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad .....	11
Francisco Muñoz Conde	
Derecho penal y teoría de la democracia .....	27
José Luis González Cussac	
La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales .....	39
Kai Ambos	
Eutanasia Propuesta de solución jurídica en México .....	51
Enrique Díaz-Aranda	

## II Derecho Procesal Penal

Algunas reflexiones sobre policía y administración de justicia .....	63
Ernesto Pedraz Penalva	
Detención y prisión provisional en los Estados Unidos .....	87
Stephen Thaman	
La acción penal en el ordenamiento salvadoreño: un estudio dogmático .....	113
Julio Pérez Gil	

Presencia del garantismo en el anteproyecto de Código Procesal Penal Panameño de 1997 .....	239
Carlos Enrique Muñoz Pope	
El detenido y sus derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aplicaciones al Derecho procesal nicaragüense .....	249
Montserrat de Hoyos Sancho	
La participación popular en la administración de justicia mediante el jurado (Art. 125 CE) .....	297
Mar Jimeno Bulnes	
Delito socioeconómico y proceso penal: El derecho procesal penal económico (El caso peruano) .....	359
César San Martín Castro	
Violaciones al ejercicio de los Derechos de Autor y su vigencia en la Ley N° 312. Problemática nacional .....	407
Roxana I. Zapata López	

### **III Criminología**

Criminología y sociedad .....	423
Elías Carranza	
El fin de las utopías y la tentación de reconstruirlas: El duro camino de la criminología .....	439
Carlos Alberto Elbert	
Manipulación genética y política criminal .....	457
Alfredo Chirino	

### **IV Derecho Penal Juvenil**

La detención provisional (En la jurisprudencia de la justicia penal juvenil costarricense) .....	471
Javier Lobet Rodríguez	

## **V Derecho Penal Internacional**

El caso Augusto Pinochet .....	497
Orlando Guerrero Mayorga	

## **VI Investigaciones**

Estadísticas sobre violencia y armas de fuego Nicaragua, 2000-20021 .....	517
Elvira Cuadra Lira Maribel Padilla Jara	

## **VII Estudios y Comentarios Jurisprudenciales**

El Código de la Niñez y la Adolescencia: un Estatuto de Ciudadanía .....	539
Sergio J. Cuarezma Terán	





Derecho Penal

I



# Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad<sup>1</sup>

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad "Pablo de Olavide" de Sevilla, España

Queridos amigos, compañeros, señoras y señores: para mí es una satisfacción estar una vez más, en poco tiempo, en esta hermosa ciudad de Montevideo y en este maravilloso país que es el Uruguay. Hace unos meses estuve aquí invitado por mi colega y discípulo, el Profesor Pablo Galain, en la otra universidad. Ahora con mucha satisfacción recibo esta nueva invitación para volver a esta universidad y además para participar en un congreso de alumnos, cosa que me place especialmente, porque como dicen las cantantes del folklore español, "yo me debo a mi público", y desde hace exactamente 25 años no tengo otra profesión que la de ser catedrático de universidad, en una Universidad de provincia con dedicación exclusiva a la docencia y, en la medida en que ello sea posible, a la investigación. Mi público son, pues, los estudiantes, es decir, la mayoría de ustedes, y me encuentro aquí, por tanto, como en mi propia casa.

Pero una vez dicho esto, tengo también que mostrar mi satisfacción porque estoy además en este lugar para hablar de un tema que me es especialmente grato, sobre el que he venido trabajando prácticamente toda mi vida académica, sobre el que he hecho algún tipo de publicaciones más o menos acertadas –eso lo juzgarán los colegas–, y al que además he dedicado un tipo de actividad que en mi caso ha sido siempre importante, como es la traducción de libros del alemán o de otros idiomas, pero fundamentalmente en esta materia del idioma alemán y de mi maestro Claus Roxín. Todo ello me ha permitido, al

---

1 XI Congreso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología. Montevideo 1, 2, 3 y 4 de septiembre de 1999.

cabo de estos últimos 25 años –que vengo publicando sobre el tema–, desarrollar una serie de planteamientos que tuvieron su origen y, en parte, fueron motivados por el final de una dictadura fascista como fue la franquista que duró 40 años después de una terrible guerra civil, y a cuya superación pacífica pretendí contribuir desde la modesta posición de joven profesor universitario de Derecho penal que se esforzaba por comprender el Derecho penal desde puntos de vista más democráticos y compatibles con el respecto a los derechos humanos fundamentales. Uno de esos planteamientos pretendía cuestionar el concepto clásico de culpabilidad, no tanto para superarlo como categoría de la teoría del delito, sino para utilizarlo como posible categoría crítica frente a un sistema penal negador de derechos fundamentales. Este fue el inicio de una construcción, reconstrucción o deconstrucción del concepto de culpabilidad, que he ido llevando a cabo durante todo este tiempo y que es lo que motiva que esté hoy aquí para hablarles a ustedes de cuál es mi opinión actual sobre el tema, que, en todo caso, entiendo también como posibilidad de crítica de un sistema penal que incluso aún siendo el del Estado de Derecho, es y debe ser objeto de crítica y no de pura aceptación acrítica, como a veces se hace a través del concepto de culpabilidad.

Realmente creo que los juristas tenemos que estar conscientes de las limitaciones del sistema jurídico, de las propias limitaciones de un instrumento necesario para configurar la vida social, pero en sí mismo puramente superestructural y dependiente, por tanto, de un sistema social económico y político del que el derecho es tributario y pocas veces puede modificar.

Al sistema de imputación que determina que un determinado suceso pueda ser atribuido a una persona como responsable del mismo se le puede llamar, conforme a una terminología muy de moda en la filosofía moderna, un discurso. El discurso no es más que un acuerdo que hacen las gentes en los grupos sociales, a veces los hegemónicos, otras veces, en la medida en que sean más democráticos, grupos más diluidos socialmente, para construir socialmente la realidad. Este discurso está condicionado históricamente. Por supuesto que han habido muchos sistemas penales que han prescindido completamente de la culpabilidad en todas sus vertientes. Imaginemos que en la Edad Media se solucionaban los problemas por la vía de los juicios de dios, de las ordalías, etc. Hay muchas formas de solucionar conflictos, no siempre necesariamente a través del reproche de una determinada conducta a un determinado sujeto.

Pero hoy en día, hemos llegado a una situación en la que la construcción social de la realidad que llamamos Derecho penal, el discurso penal, pasa por un determinado sistema de imputación que comienza con la tipificación del hecho como delito, luego se analiza como hecho antijurídico, es decir, no amparado por una causa de justificación y finalmente por su atribución, su

imputación a un sujeto determinado como responsable de ese hecho típico y antijurídico, se constata la culpabilidad. En consecuencia, una vez culminada la construcción de este discurso, se declara culpable al sujeto que ha realizado el hecho típico y antijurídico y se le impone una pena. Esta forma de construcción de la imputación penal pasa hoy en día, pues, por la comprobación de tres elementos que la mayoría de los penalistas latinoamericanos asumen como fundamento de la responsabilidad penal y, en consecuencia, de la imposición de una pena al autor culpable de un delito, es decir, de un hecho tipificado en la ley penal, que es antijurídico, en la medida en que no concurra ninguna causa de justificación.

A través de la recepción de la dogmática jurídico penal alemana en España, –y en parte también en Italia (por sólo citar los países de mayor influencia en los países latinoamericanos)– se ha llegado también en Latinoamérica a la aceptación de este discurso, de este modelo de imputación, que, sin embargo, sin negar sus ventajas y alto nivel conceptual, cuando se analiza más detenidamente en sus contenidos desde el punto de vista de la realidad social latinoamericana, deja mucho que desear.

Naturalmente que podríamos discutir la teoría del delito y sus distintas categorías desde el punto de vista de una realidad, no diría que exclusivamente latinoamericana, pero sí bastante vinculada a la realidad latinoamericana. Así, por ejemplo, en la tipicidad, podríamos cuestionar el contenido y la forma de creación de muchos tipos penales por gobiernos de facto, o dictaduras militares, con la utilización de bandos militares y otros procedimientos similares, creando el Derecho penal al margen del poder constituyente de la asamblea legislativa. Igualmente que podemos discutir en la teoría de la antijuridicidad, la posibilidad de su exclusión, cuando se utiliza el esquema de la causa de justificación para justificar excesos represivos, detenciones ilegales, secuestros, desapariciones, violaciones, torturas, o cualquier salvajada desde el poder, a través de los sistemas represivos de cuerpos policiales, del tiro en la nuca y de la aplicación de la ley de fugas. Y finalmente, también podemos cuestionar en la categoría de la culpabilidad una realidad latinoamericana llena de desigualdades e injusticias sociales, en la que el poder hegemónico se concentra en muy pocas manos y siempre en perjuicio de mayorías que no llegan a tener ni siquiera lo mínimo necesario para su supervivencia. Sin embargo, a pesar de estas peculiaridades de la realidad, en muchos de los países latinoamericanos, la categorización del discurso tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad, como puede suceder en la gramática con los conceptos de sujeto, verbo y predicado, constituye, con todas sus insuficiencias y dificultades para atrapar en su formalismo el problema real de nuestras sociedades, un instrumento útil, un lenguaje internacional que nos permita aquí, a profesores

de distinta proveniencia, y a ustedes –que también tienen distinta proveniencia de países del entorno latinoamericano– poder más o menos aclararnos de qué estamos hablando.

Dicho esto, ahora tomaría ya el nivel de exposición que han hecho mis compañeros para centrarme concretamente en el tema de la culpabilidad y, naturalmente, en el discurso de la construcción social de la realidad que tras dicha categoría se esconde. La culpabilidad está condicionada históricamente y por lo tanto, también geográficamente por una determinada realidad, en este caso la latinoamericana; y ahí, naturalmente, si utilizamos unos parámetros que a mi juicio tienen que ser en el momento actual el de respeto de los derechos humanos y el del Estado democrático de Derecho, habrá que ver si esa culpabilidad o categoría dogmática es funcional y realmente es conveniente mantenerla desde el punto de vista de esos parámetros, o si, por el contrario, es disfuncional y realmente es un concepto trasnochado que proviene de un Derecho penal autoritario que debe ser sustituido, modificado, reconstruido o simplemente suprimido como presupuesto de una sanción penal.

A diferencia de lo que han dicho mis colegas anteriormente, no soy tan negativamente crítico del concepto de culpabilidad (por las razones que ya ha puesto de relieve, en Uruguay, Gonzalo Fernández que sabe mucho más que yo del tema y que ha hecho un análisis histórico de la construcción del concepto de culpabilidad en una monografía fundamental sobre el tema). Creo que obviamente el concepto de culpabilidad, ubicado en el sistema nazi o en la Alemania democrática, es un concepto que admite diferentes contenidos; y que lo mismo puede ser bueno como elemento para limitar el poder del Estado, o lo contrario; utilizarse para justificar el poder y aceptar todo tipo de abusos desde ese poder. De modo que sólo ubicándonos históricamente en un determinado contexto o modelo de la realidad que queremos construir, podemos defender o criticar un determinado concepto de culpabilidad. Para mí el contexto en relación con el concepto de culpabilidad debe ser analizado en estos momentos es el de una concepción democrática y social del Estado de Derecho.

Partiendo de esa base, es como tendríamos que ver cuál es la función que cumple la culpabilidad o lo que llamamos culpabilidad, que a lo mejor podríamos llamar con otro nombre menos comprometido, porque desde luego debemos admitir que el nombre de culpabilidad tiene una cierta connotación peyorativa por su procedencia moralista. Pero de todas formas la culpabilidad puede ser –con esa connotación moral más o menos peyorativa– un concepto que nos permita adentrarnos en determinadas estructuras de la responsabilidad que en determinados casos puede ser conveniente mante-

ner, porque suponen un progreso en orden a una mejor protección de los derechos y valores fundamentales del individuo frente al poder omnímodo del *Leviatán* estatal.

Y para ello voy a empezar por lo más fundamental. El concepto de culpabilidad aparece en la dogmática penal bajo el nombre del llamado “principio de culpabilidad”: no hay pena sin dolo ni culpa. Desde este punto de vista, el principio de culpabilidad supone un avance importante en la depuración de la responsabilidad penal, al excluir del ámbito del Derecho penal la pura responsabilidad objetiva.

Sergio Moccia ha hecho una alusión a que justamente es tan importante esa exigencia de una participación subjetiva del individuo en el hecho que ha realizado, bien a título de dolo, a título de culpa o imprudencia, que realmente no es ni siquiera un problema de culpabilidad; sino de la propia tipicidad, el que se considere que sólo los sucesos atribuibles a dolo o culpa pueden fundamentar una responsabilidad penal. Este fue uno de los grandes méritos de la teoría final de la acción de Welzel que, al incluir en la tipicidad no sólo la vertiente objetiva de la conducta sino también la vertiente subjetiva, el llamado tipo subjetivo, dotó a esta categoría de un contenido susceptible de limitar ya lo relevante penalmente a los comportamientos realizados con dichos grados de participación subjetiva. Evidentemente, esto exige que a nivel de tipicidad excluyamos de la imputación típica cualquier resultado que se produzca más allá del dolo o de la imprudencia del sujeto que meramente lo ha causado. Cuando no hay dolo ni imprudencia respecto al resultado causado, estamos ante el caso fortuito, que justamente por lo que implica –de negación del dolo o de la culpa– no debe de motivar ni siquiera una imputación del resultado a nivel de tipicidad. Naturalmente que sobre esto se ha elaborado mucho, en cierto modo, toda la teoría de la imputación objetiva no viene más que de algún modo a delimitar el ámbito mínimo de responsabilidad dentro del tipo objetivo de un delito, incluyendo en ella muchos de los requisitos que se exigen para imputar un determinado suceso como mínimo a título de imprudencia.

Con esto casi no hemos dicho nada nuevo, puesto que el “principio de culpabilidad”, así entendido, es prácticamente patrimonio universal de la moderna Ciencia del Derecho penal y, como tal, ha encontrado acogida expresa en muchos Códigos penales modernos. Así, por ejemplo, el Código Penal español de 1995, vigente desde hace exactamente tres años, entre las “Garantías penales y de aplicación de la ley penal” previstas en su Título Preliminar, acoge en el artículo 5 este principio, al decir expresamente que “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Obsérvese, sin embargo, que en dicho precepto no se le da al principio ningún nombre en particular y que sólo por tradición se utiliza en la doctrina el término “principio de culpabilidad”. Pero aunque pres-

cindiéramos de ese nombre; y lo sustituyéramos por otros, más o menos afortunados, como el de “principio de responsabilidad subjetiva”, el de “imputación subjetiva” o el de “tipo subjetivo”, lo importante es que estemos todos de acuerdo en que hay que mantenerlo porque conforme a nuestra concepción moderna de la responsabilidad penal a nadie puede hacérsele, hoy en día, responsable por lo que ha causado de un modo puramente fortuito sin culpa, ni intención de causarlo.

Pues bien, una vez que parto o doy por supuesto de que en esto podemos estar todos de acuerdo, pasamos ya a elementos más característicos de la culpabilidad como categoría dogmática autónoma dentro de la teoría del delito. En definitiva, en la culpabilidad nos enfrentamos con el autor del hecho típico y antijurídico; y es donde realmente estudiamos la responsabilidad de un sujeto que ha cometido un hecho tipificado en la ley penal como delito y no amparado por una causa de justificación: El problema que surge entonces es: ¿qué hacemos con él?

Lo primero, investigar hasta qué punto está en situación de poder ser responsable por lo que ha realizado. ¿Es un niño? ¿Es un enfermo mental? La imputabilidad o capacidad de culpabilidad es justamente la puerta de entrada al concepto de culpabilidad, qué duda cabe. Y en la doctrina italiana se ha visto siempre no como un elemento de la categoría de la culpabilidad, sino como elaboración de una teoría sobre el sujeto responsable del delito, porque, en definitiva, —aunque sea por imperativo del principio de igualdad— está claro que un niño no es un adulto, o que un enfermo mental no es una persona sana mentalmente, y que, por tanto, al tratarse de personas en situaciones de desigualdad deben ser tratados también con respuestas distintas o desiguales. ¿Qué hacemos con el niño o con el adulto enfermo mental que ha cometido un delito? De la enfermedad mental no se es responsable, igual que no se es de una enfermedad cardíaca o hepática. Se es responsable en la medida en que uno haya causado la situación de inimputabilidad con la teoría de la *actio libera in causae*. Pero no es el momento de plantearnos este problema. El enfermo lo es, tanto si es un enfermo físico como un enfermo mental. Si se le castiga por ello, no es que se infrinja sólo el principio de culpabilidad; se infringe también y sobre todo el principio constitucional de igualdad, es decir, la idea de que los desiguales deben ser tratados también desigualmente. No puede ser objeto de sanción aquél que no es más que un objeto de la misma, un marginado al que la sanción incluso agudiza su problema, su propia patología. No digamos nada en el caso del niño o del joven delincuente, en el que además de lo que se trata es de influir en su desarrollo y de educarlo para la convivencia social, de hacer que de algún modo se comporte en el futuro respetando las normas, incidiendo en su proceso de



socialización con las medidas adecuadas para ello, y no castigándolo. A esta forma de reaccionar frente a los hechos delictivos cometidos por los inimputables, no se le llama pena; pero entonces cuidado con la utilización ingenua que se puede realizar de otras instituciones sancionatorias, como las medidas de seguridad, que a veces cumplen funciones aún peores y más negativas desde el punto de vista de los derechos humanos, que las penas propiamente dichas.

Ya a finales del siglo XIX, un jurista alemán, Franz Von Liszt había hablado de la pena indeterminada para los delincuentes reincidentes incorregibles. Y en plena República de Weimar, un discípulo suyo socialdemócrata y ministro de justicia, Gustav Radbruch, se le ocurrió utilizar para resolver este problema, y el de los inimputables peligrosos, una institución que el penalista suizo Carl Stoops ya había utilizado en un Anteproyecto de Código penal suizo de finales del siglo XIX, las medidas de seguridad, que como su nombre indica, no son oficialmente penas, sino medidas de control de los sujetos peligrosos, permitiendo de hecho intervenciones mucho más radicales y limitadoras de los derechos humanos que las propias penas, y además sin ningún tipo de limitaciones derivadas del concepto de culpabilidad, que por definición, no existe en muchos de los sujetos a los que se pueden aplicar dichas medidas. Es verdad, y sea dicho en cierto modo como descargo, que Gustav Radbruch, como ministro de justicia, y todo el Gobierno social democrático al que él pertenecía, se encontró con una Alemania en plena recesión económica, hundida tras la derrota sufrida en la Primera Guerra Mundial, con siete millones de parados, con la obligación de pagar como indemnización enormes sumas a las otras Naciones ganadoras de la guerra. No se trataba sólo de asegurar o controlar la peligrosidad de menores o de enfermos mentales que cometieran delitos, sino la del marginado social, sin un puesto de trabajo, proclive obviamente a la comisión de delitos, aunque fuera sólo de delitos de escasa relevancia necesarios para su subsistencia y la de los suyos, y cuya mera presencia en la vía pública, junto con mendigos, drogadictos, prostitutas, etc., molestaba al buen burgués, fomentando la inseguridad ciudadana. Y Radbruch elaboró un Proyecto de Código penal en el que, por primera vez, se incluyeron las medidas de seguridad y el internamiento de seguridad por tiempo indeterminado de los delincuentes “profesionales”, “habituales”, que una vez cumplida la pena siguieran siendo peligrosos y, por tanto, proclives a la comisión de delitos. Radbruch era un demócrata; él creía en el principio de culpabilidad como límite de la pena, pero por eso decía que en estos casos los delincuentes incorregibles, los peligrosos sociales, debían ser recluidos en centros de donde no podían salir si no superaban su peligrosidad. Y eso dicho así, como también lo decían los criminólogos positivistas, podía ser entendido como una especie de tributo al principio de culpabilidad; pues mientras, conforme la idea de cul-

pabilidad, con los que tienen la suerte de ser culpables, hay que andarse con todos los miramientos y aplicar todas las garantías del Estado de Derecho, con los que no son culpables, pero son peligrosos, podemos hacer lo que nos dé la gana; porque el principio de culpabilidad es una garantía para el buen burgués o el buen ciudadano que naturalmente requiere todo tipo de seguridad y garantías de sus derechos fundamentales cuando ocasionalmente puede verse ante la posibilidad de ser sancionado penalmente. Pero con el enfermo mental, el menor, el marginado social, que además de cometer un delito sea declarado peligroso, hay que proceder con toda la contundencia y sobre todo guiándose por la idea de seguridad antes que por la de culpabilidad o la de cualquier otra que limite el poder de intervención del Estado en los derechos fundamentales del ciudadano.

Es en estos casos, cuando el sujeto activo de un delito, no culpable o culpable, pero peligroso, tendrá la "suerte" o el enorme honor de ser sujeto pasivo de una medida de seguridad. Así es cómo se implantó en la médula del Derecho penal del siglo XX el llamado sistema dualista. Y naturalmente en 1933, prácticamente la única reforma importante, junto con la admisión de la analogía como fuente del Derecho penal que hizo Hitler una vez que asumió el poder absoluto, fue la aplicación de medidas de seguridad como la custodia de seguridad, que de hecho suponía el internamiento en campos de concentración para reincidentes, incluso de pequeños hurtos y delitos de escasa gravedad. Lo que quizás ustedes no saben, entre cosas, porque no suele decirse ni mencionarse en el catálogo de horrores de aquel régimen criminal, es que la mayoría de los condenados a esta medida (unos 16.000 entre 1933 y 1943) murieron durante su cumplimiento. Ninguno de ellos sobrevivió a los campos de concentración. Quizás no eran culpables, pero eran peligrosos, y esto fue motivo suficiente para justificar su trágico destino. Y yo les digo que en casos como éstos, incluso desvinculándolos de aquel régimen criminal y situándonos en los parámetros del Estado de Derecho, es necesario reivindicar el concepto de culpabilidad como límite a los excesos del poder punitivo o de intervención del Estado, lo que, en principio, de acuerdo con la idea que originó el sistema dualista, no es posible cuando la sanción se impone bajo el nombre de una medida de seguridad. Cuando se cuestiona en demasía el concepto de culpabilidad, sin tener en cuenta las ventajas que él mismo puede tener como límite de la intervención punitiva del Estado, existe el riesgo de que sea sustituido por conceptos aún más cuestionables, que fundamenten una intervención ilimitada en los derechos fundamentales, como sucede con el concepto de peligrosidad, sea ésta una peligrosidad criminal o meramente social. Desde este punto de vista, la culpabilidad aparece como un bastión inexpugnable frente al poder punitivo del Estado y puede tener un carácter progresista que no tienen otros conceptos que se proponen como sustitutivos funcionales.

Ciertamente, un Derecho penal de culpabilidad parece que no tiene ningún efecto frente a los inimputables, pues éstos por definición no pueden ser considerados culpables, al tener alteradas, bien de un modo transitorio o permanente, las facultades psíquicas, intelectivas, volitivas o de otra naturaleza, que de acuerdo con las concepciones dominantes en el ámbito de la Psicología y la Psiquiatría permiten considerar a un individuo responsable de lo que hace. Pero esto no quiere decir que el inimputable quede desprotegido frente al poder de intervención del Estado en sus derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la libertad, por más que haya cometido un hecho delictivo. Ciertamente, el inimputable según los preceptos existentes en las legislaciones penales de la mayoría de los países civilizados no puede ser castigado por el delito que haya cometido; pero sí puede ser sometido a medidas de seguridad que controlen la perturbación que haya provocado su inimputabilidad y aseguren a la sociedad frente a la peligrosidad que puede provocarle su perturbación mental. Pero ¿quiere decir esto que una medida de seguridad como el internamiento en un centro psiquiátrico puede durar toda la vida, sin ningún tipo de límite? Parece lógico, y al mismo tiempo justo, que una medida de internamiento impuesta obligatoriamente en un proceso penal al autor de un delito, cuando es inimputable, pero es probable que pueda cometer el mismo u otros delitos similares, debe guardar una cierta proporcionalidad con la gravedad del delito cometido y con la de los delitos que pueda cometer en el futuro. Sería inadmisibles que la comisión de un simple hurto por un cleptomano, de una alteración del orden público en estado de embriaguez, pudieran determinar un internamiento de por vida del que cometió estos hechos en estado de inimputabilidad. Pero ¿cómo limitar en estos y otros casos la duración de una medida privativa de libertad?, ¿basta simplemente con la idea de proporcionalidad, como se prevé en algunos Códigos penales?, ¿a qué delitos debe referirse la proporcionalidad de la medida?, ¿al ya cometido o al que pueda cometer y sea probable que cometa en el futuro?, ¿debe quedar la duración de la medida al arbitrio del juez o hacerla depender en todo caso de que haya desaparecido la peligrosidad que motivó su imposición? Hay que admitir que el problema no es de fácil solución, y la prueba de ello es que en el ámbito doctrinal se han dado soluciones para todos los gustos. Pero, en todo caso, me parece que nunca hay que olvidar el carácter coactivo y limitador de derechos fundamentales que también tiene para el afectado la imposición de una medida, que, sobre todo en el caso de privación de libertad, en poco o en nada se diferencia de una auténtica pena. Una vez más la tensión existente entre prevención general y prevención especial, entre seguridad y respeto a los derechos fundamentales, debe resolverse teniendo en cuenta que también aquí lo que está en juego es el derecho del declarado inimputable a ser tratado como una persona y no como un simple objeto o animal peligroso.

Limitar el poder del Estado también en el ámbito de la imposición de una medida de seguridad debe ser igualmente una tarea prioritaria del Estado de Derecho. En este sentido, me parece un acierto que el apartado 2 artículo 6 del Código penal español de 1995 diga expresamente que “Las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicables al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. Esto no es más que de algún modo -aunque con otro nombre que no tiene nada que ver con el principio de culpabilidad- introducir un límite al poder del Estado y, con ello, una garantía para el condenado a una medida. Para explicarlo con un ejemplo: Si alguien que ha cometido un hurto siendo imputable, no se le puede sancionar con una pena privativa de libertad más allá de los límites temporales previstos en el marco penal de este delito; tampoco si es inimputable pero peligroso, se le puede imponer una medida privativa de libertad en un centro psiquiátrico o de deshabitación por un tiempo superior al que hubiera durado la pena que podría habersele impuesto si hubiera sido imputable.

De modo que, como ven ustedes, las palabras tienen un cierto valor. Y en ese caso me inclino porque el principio de culpabilidad, incluso paradójicamente, pueda servir de límite para la imposición de una medida de seguridad, en la medida en que se entienda que la idea de proporcionalidad, traducida en límites temporales fijados legalmente, también es, en cierto modo, una idea inmanente a la idea de culpabilidad.

La idea recogida en el artículo 6 del Código penal español ha sido fuertemente criticada por un sector de la doctrina española, con el argumento de que puede obligar a dejar en libertad a un sujeto que habiendo cumplido el límite máximo de duración de la medida sigue siendo peligroso. Pero esto que efectivamente puede ocurrir en algún caso concreto, es un riesgo que igualmente puede darse con el sujeto que habiendo cumplido una pena privativa de libertad tiene que ser obligatoriamente puesto en libertad, aunque sea muy probable (y ahí están las cifras de reincidencia para demostrarlo) que pueda volver a cometer un delito. Por lo demás, nada impide que si el estado de peligrosidad de un sujeto inimputable persiste después de haber cumplido el límite máximo de duración de la medida, puedan y deban utilizarse las posibilidades de incapacitación civil para justificar de nuevo un internamiento, aunque éste se basará en otras razones distintas a las que motivaron la imposición de una medida de seguridad. En todo caso, no está de más decir que tras varios años de aplicación de lo previsto en el art. 6 del Código penal español no se ha producido en España ningún caso en el que se haya puesto en libertad a un inimputable, una vez que ha llegado al límite máximo de duración de la medida, y éste haya vuelto a cometer un delito grave. Lo único que ha pasado

muchas veces es que el pobre se ha quedado en la calle sin asistencia social y tan deteriorado mentalmente que ni siquiera ha tenido fuerza para volver a cometer un delito; o que realmente la medida ha tenido el pretendido efecto terapéutico de control o de curación de la patología del individuo y que éste una vez curado no vuelva a delinquir. Lo que en todo caso parece necesario, es insistir en que el problema del inimputable por enfermedad mental, drogadicción, etc., es ante todo un problema médico-social y no un problema punitivo, pero esto no quiere decir que al inimputable se le pueda dejar inerte y desprotegido frente a los poderes de intervención y de restricción de los derechos fundamentales que utiliza el Estado para controlar sus patologías y comportamientos. Si esta limitación del poder del Estado se consigue, en el caso de los imputables, con el concepto de culpabilidad, no hay ninguna razón para no trasplantar los mismos efectos positivos y el espíritu limitativo de este concepto al ámbito de las medidas de seguridad. Aunque sólo fuera por esto, ya tendríamos una buena razón para no desprestigiar o despreciar precipitadamente la importancia del concepto de culpabilidad en la configuración de un Derecho penal, que tanto en el ámbito de las penas, como en el de las medidas de seguridad sea respetuoso con los derechos fundamentales de los autores de un delito, sean culpables o no de los mismos.

Bien, volvamos de nuevo y para terminar, pues no se trata de alargarnos demasiado sino simplemente de plantear algunos problemas al hilo de la reconstrucción del concepto de culpabilidad o de su reconstrucción y transformación en un concepto con un nombre distinto. Planteemos un tercer problema en relación con este concepto de culpabilidad, donde también igualmente el concepto de culpabilidad puede tener una función progresista o reaccionaria, según se utilice con voluntad democrática de limitar el poder punitivo del Estado o con la autoritaria de fundamentar una mayor intervención del mismo en la prevención y castigo de los comportamientos objetivamente delictivos. Me refiero al conocimiento de la antijuridicidad; es decir, al hecho de que el sujeto para ser considerado culpable o responsable del hecho delictivo cometido, además de su voluntad dolosa o culposa, y de su imputabilidad, debe conocer que se trata de un hecho jurídicamente prohibido. Qué duda cabe que si entendemos las normas del Derecho penal como un sistema fundamentalmente preventivo del comportamiento delictivo, este efecto sólo se puede conseguir a través de la motivación del comportamiento de los ciudadanos, los que para ser motivados por la norma tienen que conocer lo que las normas dicen, lo que está prohibido. El conocimiento de la antijuridicidad desde el punto de vista lógico es el colofón del principio de culpabilidad; el sujeto que no sabe que lo que está haciendo está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de actuar de esa forma y por lo tanto, si infringe una norma cuyo contenido prohibitivo desconocía, no es culpable de esa infracción.

Esto es tan evidente que no parece que deba ser objeto de discusión, por lo menos en el plano teórico o de principio. Sin embargo, este elemento del concepto de culpabilidad no goza de tanta aceptación doctrinal e incluso hay muchos ordenamientos que expresamente lo rechazan. La irrelevancia del desconocimiento de la antijuricidad del comportamiento o de la ignorancia del derecho para imponer una sanción penal tiene una larga tradición, y ya en el venerable viejo Derecho romano se estableció el principio *ignorantia iuris non excusat* (“la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”), que prácticamente ha estado vigente hasta nuestros días. Ello tiene una cierta lógica, porque, la idea que preside la concepción clásica del Derecho penal es que en la medida en que éste se refiere a prohibiciones fundamentales que pueden ser conocidas por cualquier persona normal, es decir, con el grado de madurez y normalidad psíquicas requeridas para ser considerada imputable, debe presumirse que conoce el carácter antijurídico e incluso delictivo del hecho que realiza. ¿Cómo vamos a admitir que alguien alegue que no sabía por ejemplo que el homicidio estaba prohibido? El buen ciudadano que conoce perfectamente que el homicidio está prohibido no puede aceptar que alguien quede impune con este tipo de fácil excusa de alegar la ignorancia de la norma que infringe.

Ciertamente, este peligro existe; pero más que un argumento contra la validez del requisito, sería muchas veces una cuestión de prueba a plantear como en todo caso en el proceso penal, que, como sucede con la prueba de cualquier otro elemento subjetivo plantea para el juzgador dificultades adicionales a las que plantea normalmente la prueba de otros elementos de carácter objetivo. Desde este punto de vista, no cabe duda de que el desconocimiento de la antijuricidad puede ser una excusa fácil para que alguien evada su responsabilidad penal, en la medida en que los jueces le dieran fácilmente credibilidad a este tipo de alegaciones, lo que no parece confirmarse en la praxis judicial de ningún país.

Sin embargo, el requisito del conocimiento de la antijuricidad es la culminación de la idea de culpabilidad como fundamento de la imposición de una pena y no debe ser ignorado en un consecuente Derecho penal de culpabilidad que pretenda basar la imposición de una pena en el grado de responsabilidad subjetiva del individuo que ha cometido un delito. Naturalmente, el grado de conocimiento exigible, su vencibilidad o invencibilidad, su actualidad o potencialidad, los ámbitos en los que puede producirse con mayor o menor frecuencia, son todas cuestiones difíciles de resolver *a priori* desconectándolas de un determinado contexto social, político, jurídico o económico. Probablemente muchos de los casos más discutibles, que alguien, por ejemplo, diga que matar o robar no está prohibido, puede deberse a un déficit de socialización o a una altera-

ción de facultades psíquicas, que más bien nos hagan dudar de la imputabilidad del sujeto que esto alega; porque ninguno de los que estamos aquí dejamos de robar o de matar porque lo diga el Código penal, sino a través de un aprendizaje, de una socialización que está mucho antes del Código penal; y si hay algún déficit de ese tipo probablemente habrá que saber las causas y si éstas son más propias del ámbito de la imputabilidad, ahí deberá plantearse el problema de las causas de una posible irresponsabilidad. Pero el desconocimiento de la antijuricidad también puede deberse a un problema de carácter social, sobre todo en sociedades en las que hay sectores marginales o subculturales no integrados en la cultura jurídica de la clase dominante. En este caso quizás haya primeramente que responsabilizar al sistema social que ha posibilitado que un individuo llegue a tener esa deformación en su formación jurídica o en su conocimiento de la norma jurídica, antes de hacer recaer la sanción penal en el individuo que cometió el hecho delictivo. Esto es lo que puede pasar cuando el individuo infractor viene de un país extranjero, de una cultura diferente, o dentro de un mismo país, como sucede en muchos países de Latinoamérica, pertenece a una etnia o cultura diferente a la dominante o la oficialmente y jurídicamente reconocida. De esto ha hablado muy bien mi amigo Juan Bustos muchas veces: Me refiero al problema del desconocimiento por distinta procedencia cultural, o al error de derecho condicionado culturalmente. Este puede ser el caso del indígena, que no es que sea un inimputable – podría ser una forma de solución del problema–, sino simplemente un sujeto de derechos que tiene otro tipo de valores, un sistema que no coincide con el oficialmente impuesto por los colonizadores, que en muchos países latinoamericanos aún no es el sistema dominante desde el punto de vista de las mayorías, sino solamente el sistema de la clase hegemónica.

Aquí podemos trabajar de nuevo con la culpabilidad como un límite al poder del Estado, exigiendo que éste sea el responsable de los déficit educativos de la no socialización, o permitiendo que el Estado asuma que hay otros sistemas de valores que tienen que coexistir con los dominantes y hacer posible el pluralismo dentro de una democracia.

Pero no cabe duda, y esto también hay que decirlo, que la alegación del error de prohibición, o desconocimiento de la antijuricidad, puede ser también una fácil excusa para evadir, en última instancia, la responsabilidad penal por delinquentes de “cuello blanco”, por autores de delitos económicos cuya configuración típica es compleja y difícil de conocer. La excusa del desconocimiento de la antijuricidad también puede ser aprovechada por la gente que se dedica al lavado de dinero, o por industriales y empresarios que provocan daños medioambientales o lanzan al mercado productos que luego producen daños en la salud de los consumidores.

Ciertamente, en estos ámbitos existen regulaciones jurídicas de carácter puramente técnico y de tipo más o menos artificial que no siempre son fáciles de conocer o de interpretar incluso por los más versados en estos temas. La tipificación de estos delitos no se lleva a cabo en muchos países en el Código penal, sino en leyes especiales que cambian con frecuencia y dependen incluso de la coyuntura económica. Sucede esto también en el ámbito de la economía como son los fiscales y tributarios, las subvenciones estatales, en los temas relativos a la seguridad social; al contrabando; al blanqueo de capitales, etc. En estos ámbitos; los límites del conocimiento de la antijuridicidad y de la relevancia del error de prohibición como causa de exclusión o de atenuación de la culpabilidad son complejos y difíciles de perfilar. Ciertamente, también aquí el Estado debe ser coherente con el principio de intervención mínima del Derecho penal y pensar que, por muy eficaz que sea (que tampoco lo es), una política fiscal o económica no se puede imponer *prima facie* por la vía del Derecho penal o con ayuda exclusiva de éste. Del mismo modo que se carece de legitimación para recurrir al Derecho penal cuando esa política fiscal o económica a veces es perjudicial para la mayoría de los ciudadanos y sólo beneficia a la clase hegemónica política y financiera. Desgraciadamente, creo que ejemplos de este tipo se han dado con frecuencia en muchos países latinoamericanos, en los que muchas veces se ha promocionado la adquisición de productos financieros que luego con la desvalorización de la moneda nacional se han convertido en papel mojado, o simplemente se dilapida el dinero de los contribuyentes o se utiliza para aumentar la corrupción en la Administración. No cabe duda que en todos estos temas el Estado también tiene que dar al ciudadano un mensaje de que sus normas tienen una estabilidad y un contenido valorativo que va más allá de la simple coyuntura económica o política que le interese al detentador del poder en ese momento, al gobierno de turno. Lo que, en ningún caso, pueden servir estas consideraciones es para favorecer a los corruptos y a los delincuentes financieros, que precisamente se enriquecen y cometen hechos delictivos por su cualificado conocimiento de los resquicios e insuficiencias de las normas legales que regulan estas materias.

Para terminar, voy a plantear un tema quizás límite en el que conceder relevancia a las propias convicciones jurídicas del autor puede llevarnos a asumir peligrosas impunidades de sujetos que cometen delitos graves, e incluso actos de puro terrorismo, como secuestros o asesinatos. Qué duda cabe que ETA en España o el IRA en Inglaterra o los grupos guerrilleros palestinos o en algunos países latinoamericanos, están convencidos de la legitimidad de sus pretensiones y de que para conseguirlas es preciso recurrir a la lucha armada, al empleo de la violencia, al terrorismo. Pero naturalmente no todas estas manifestaciones de la violencia política pueden ser juzgadas de la misma



manera. También la violencia en la lucha política debe ser analizada en un determinado contexto, en relación con un modelo determinado de Estado y un determinado momento histórico. En España tuvimos la experiencia de una dictadura franquista, en la que la violencia provenía ante todo del propio sistema; pero ahora tenemos una democracia más o menos burguesa o imperfecta, pero evidentemente mucho más respetuosa de los derechos fundamentales que la dictadura franquista. ¿Puede ser juzgada la violencia terrorista de ETA que comenzó en la dictadura franquista con los mismos parámetros jurídicos e ideológicos que la violencia todavía ejercida por dicho grupo contra el sistema político democrático? ¿Debería juzgarse en Chile la violencia contra el sistema pinochetista de la misma manera que la violencia contra el actual sistema democrático? Aquí en Latinoamérica ha habido en todos los países unas dictaduras negadoras de los derechos fundamentales; y no ha sido fácil conseguir una transición a regímenes democráticos, que siguen siendo, en su mayor parte, unos regímenes débiles con muchas dificultades para imponer en sus instituciones principios básicos del Estado de Derecho. ¿Debería juzgarse del mismo modo los movimientos guerrilleros y la violencia ejercida contra las dictaduras militares, que los posibles golpes de Estado de los “milicos” dispuestos a derribar los regímenes democráticos e implantar de nuevo una dictadura? Desde luego la democracia tal como se entiende y practica en los Estados europeos occidentales no es un sistema perfecto, pero hay democracias que posibilitan más las discrepancias, e incluso la abierta oposición a las normas jurídicas, y otras puramente formales que reprimen cualquier discrepancia, incluso la pacífica, limitando derechos fundamentales.

El problema del delincuente por convicción es, pues, un problema límite del concepto de culpabilidad en el Estado de Derecho. Es en este tema donde más claramente se demuestra que la culpabilidad no sólo puede entenderse como un problema moral; ni tan siquiera jurídico, sino como un problema político en el que la solución a las causas que lo motivan debe ser entendida también como un problema político antes que jurídico. Y aquí, más que en ningún otro ámbito de la culpabilidad, hay que contextualizar el problema.

En el Estado democrático, en principio creo que la utilización de la violencia en la lucha política –siempre que el Estado respete los derechos fundamentales– es algo que tiene que ser sancionado a costa de quien la utilice, por mucho que moralmente se considere perfectamente legitimado para esa lucha contra el Estado o contra un determinado sistema político. Lo que sí es verdad es que de todas formas el Estado tiene que ser consciente de que cuando esa oposición incluso violenta a su propio régimen es algo que se extiende o se admite por amplios sectores de la población, algo que permanece en el tiempo, hay que ofrecer alternativas, negociaciones, y siempre

intentar evitar que la solución frente a la violencia sea también una respuesta violenta institucional. Con el concepto de culpabilidad poco se puede hacer para solucionar estos temas, porque desde el primer momento hay que admitir que el problema no es exclusivamente un problema del Derecho penal. Yo he defendido muchas veces en el régimen franquista que opositores –incluso violentos– a ese régimen, no podían ser considerados culpables de infringir la normativa jurídica de un régimen que negaba los derechos fundamentales de los que atacaban a ese régimen violentamente. Mi actitud actual frente a ETA no es la misma que tenía en el franquismo, ciertamente. Sin embargo, también ahora considero sinceramente que la solución de este problema no va a venir por la vía del Derecho penal. Ojalá que alguna vez se llegue a una solución, aunque sea admitiendo que muchos asesinos de ayer y de hoy puedan ser perfectamente ciudadanos de pleno derecho en la sociedad democrática del mañana, y asumiendo que para ello el Derecho penal debe ser sustituido por otras formas de solución de conflictos sociales de carácter extrajurídico o, por lo menos, no jurídico penal. Lo único que se puede pedir, entonces, es que no se olvide a las víctimas, y que en la medida de lo posible se les reconozcan sus derechos a ser indemnizados y, si han muerto, se diga que su muerte no fue en vano y se mantenga viva su memoria para enseñanza y advertencia de las generaciones futuras. Y así, sobre las bases de una configuración democrática de la convivencia y con una voluntad de resolver los problemas que en ella surgen también con medios democráticos y renunciando a la violencia, se podrá desarrollar una teoría de la imputación penal, y particularmente de la culpabilidad, en consonancia con esa concepción democrática y no con cualquier sistema político negador de derechos fundamentales y esencialmente antidemocrático. Así es cómo, con todas las reservas y escepticismo que cabe esperar de un planteamiento teórico puramente ideal, concibo la necesidad de desarrollar una teoría latinoamericana del concepto de culpabilidad que ayude a asegurar también en el Derecho penal los ideales de justicia, libertad y democracia. Nada más. Muchas gracias. ❖

# Derecho penal y teoría de la democracia

José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Jaume I de Castellón, España

I. La conexión entre la Constitución –como norma definidora de los derechos fundamentales– y el Derecho Penal, la idea de libertad como valor supremo de ordenamiento jurídico, el concepto de Derecho como orden externo de convivencia separado de la moral, la naturaleza del delito y la resoluble esquizofrenia entre Derecho y política son algunos de los temas por los que ordenadamente navega este artículo.

Históricamente, ha existido siempre un enorme temor a reconocer cualquier tipo de conexión entre Derecho y política. Este temor es patente en el seno de las corrientes positivistas más radicales. Pero quizá la cuestión se ha agudizado en los últimos tiempos como consecuencia de un cierto deterioro de la función del Derecho en general, y del punitivo en especial. Como explica Barcellona, el jurista actual se siente frustrado al haber perdido contacto con la realidad, pero se ve abocado a un dilema, porque si acepta la existencia de una compenetración entre Derecho y política, parece sentirse a la vez constreñido a negar la autonomía y el carácter científico a su disciplina. Pero, si por el contrario niega la interrelación, subrayando la autonomía y científicidad de la ciencia jurídica, debe permanecer con los ojos vendados frente a la realidad. De suerte que el precio por la comprensión puede ser la confusión y el miedo a lo desconocido, mientras que el precio de la autonomía científica puede ser la ceguera. A su juicio, la autonomía del Derecho como ciencia se apoya en tres pilares básicos: la separación entre Derecho y moral (Kant), la separación entre economía y política (Smith) y la separación entre Estado y sociedad civil (Savigny).<sup>1</sup>

---

1 Barcellona, P., con Hart y Muckenberger: *La formación del jurista* (trad. C. Lasarte), Madrid, 1977, p. 32 y 45 ss.

Desde luego, como ya pusiera de manifiesto entre nosotros Mir Puig, existe una clara influencia externa entre la forma de Estado y el Derecho penal, como ha quedado patente en la evolución del Estado de Derecho, social y democrático.<sup>2</sup>

Ahora bien, debemos preguntarnos si esta conexión entre política (teoría del Estado) y Derecho se limita a una mediatización meramente externa, o si por el contrario posee también una comunicación interna.

A mi entender, esta pregunta ha sido contestada acertadamente por Habermas. Para él, afirmar la autonomía del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de Derecho y política. El Derecho, ni siquiera al convertirse en positivo, rompe sus relaciones internas con la política.<sup>3</sup>

A su juicio, el gran debate es el siguiente: por un lado, los fundamentos políticos (morales o éticos si se prefiere) del Derecho positivo no pueden explicarse en forma de un Derecho natural-racional superior.<sup>4</sup> Pero por otra parte no se le puede liquidar sin sustituirlo, so pena de privar al Derecho de ese “momento de incondicionalidad que precisa”. Entonces, hay que demostrar cómo puede situarse en el interior del Derecho positivo el punto de vista de la política, representado por la formación imparcial del juicio de la voluntad colectiva. Pero para ello no basta con positivizar algunos de los principios del Derecho natural-racional, ni siquiera es suficiente su instalación en el contenido de la Constitución, y no lo es porque todo en el Derecho es contingencia y está sometido al cambio de la voluntad general. De ahí que la política, si se desea emplazarla en el Derecho positivo, ha de poseer la trascendencia suficiente para garantizar un procedimiento que se regule a sí mismo, que controle su propia racionalidad.<sup>5</sup>

La idea de un Estado de Derecho con división de poderes suministra la posibilidad de una legitimidad fundada en una racionalidad que garantice la im-

---

2 Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho (2ª. edición), Barcelona, 1972.

3 Escritos sobre moralidad y eticidad (trad. M. Giménez Redondo), Barcelona, 1991, p. 131.

4 Aquí Habermas se aparta y critica a Kant como gran artífice de la reconstrucción del Derecho natural-racional en el solar dejado por el Derecho natural-metafísico, porque supone una contradicción distinguir entre dos reinos autónomos: legalidad y moralidad, ya que si los dos pertenecen al juicio de la razón práctica, al desvincularlos completamente, uno pierde su competencia legislativa y el otro su positividad (ob. cit., pp. 148-149).

5 Habermas, ob. cit., pp. 153-154.

parcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Este tipo de *racionalidad procedimental*, emigrada ya en parte al Derecho positivo, constituye la única dimensión posible para asegurar al sistema jurídico y al Derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída al ataque constante de la contingencia. Ahora bien, cada una de las dos instancias, legislativa y judicial, reclama una diversa clase de racionalidad procedimental. En la primera sobra con preguntarse si los objetivos perseguidos para tomar una decisión son susceptibles de universalización, de asentimiento general (fundamentación de las normas). En cambio, a la hora de justificar las decisiones judiciales (aplicación de normas), la racionalidad procedimental necesaria para calificarla de imparcial no apela a qué hubiera hecho la mayoría, sino al criterio de haber tenido en cuenta de forma adecuada y completa todas las circunstancias relevantes según las reglas existentes en conflicto, y según los intereses afectados.<sup>6</sup>

En resumen, para Habermas sólo entonces podrá hablarse de la racionalización de los procedimientos institucionalizados jurídicamente. Y esta idea nace del Estado de Derecho.

Por tanto, afirmar la autonomía del sistema jurídico no significa predicar necesariamente una autonomía sistemática o cerrada sobre sí misma. La autonomía no es un atributo que el sistema jurídico cobre por sí y para sí solo. Hablamos exclusivamente de autonomía en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y judicial garantizan una formación imparcial del juicio y de la voluntad común. Y por esta vía, afirma el mentado autor, penetra tanto en el Derecho como en la política una racionalidad procedimental de tipo ético.

Si se aceptan estos planteamientos, quedan en mi opinión resueltos satisfactoriamente varios de los focos de crisis a los que se ha venido haciendo referencia. Desde luego, y sin perjuicio de lo que se diga después, así sucede respecto de la crisis de legitimidad (fundamentación de la creación y aplicación de las normas) y del carácter científico del Derecho.

Del mismo modo, se sientan las bases para solventar el primer nivel, en el que se enfrentan libertad y seguridad. Todas estas cuestiones remiten a la teoría del Estado, pues el mismo Habermas hace derivar todos sus argumentos de la idea del Estado de Derecho.<sup>7</sup>

---

6 Habermas, ob. cit., pp. 158-159.

7 Habermas, ob. cit., pp. 159-172.

## II. El caso español

Esta conexión entre teoría del Estado y Derecho penal no ha pasado inadvertida en la doctrina penal española. Cronológicamente hablando, esta conexión se ha llevado a cabo por tres vías diversas:

1. La iniciada por Vives Antón y estableciendo una vinculación del Derecho penal con la teoría del Estado, y por tanto con la Constitución, a través de los derechos fundamentales y en perfecta sintonía con la idea del Estado democrático de Derecho.<sup>8</sup>
2. La segunda se debe esencialmente a Mir Puig, que sitúa el punto central de la conexión entre ambos en la noción del Estado social.<sup>9</sup>
3. La tercera vía es sin lugar a dudas la más numerosa, y, aunque también con planteamientos similares en la doctrina alemana,<sup>10</sup> su influencia en España se debe fundamentalmente a la obra de Bricola,<sup>11</sup> para quien la Constitución delimita al Derecho penal de tal forma que incluso el orden penal de los bienes jurídicos ya viene perfectamente descrito y jerarquizado en la norma fundamental, por lo que ha podido incluso hablarse “del programa penal de la Constitución”.<sup>12</sup>

De las tres vías expuestas, la que me parece que es más correcto y apropiado seguir coherentemente con lo hasta aquí afirmado es la primera. Esto es, a través de una conexión con el Estado de Derecho, mediante el desarrollo de

---

8 Vives Antón, T.S.: “Reforma política y Derecho penal”, *C.P.C.*, 1, 1977, p. 73 y ss.; “Estado de Derecho y Derecho penal”, *Comentarios a la ley penal*, tomo I, Madrid, 1982, p. 1 y ss.; y, recientemente, en *La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992, pp. 248-255.

9 Mir Puig, S.: *Función de la pena...* ob. y loc. cit.

10 Debe significarse el trabajo de Rudolphi, H.J.: “Die verchiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriff”, en *Festschrift für R.M. Hönl*, Göttingen, 1970. Cfr. la exposición de Mir Puig, S.: *Introducción a las bases del Derecho, penal*, Barcelona, 1976, p. 132 y ss., y Álvarez García, J. “Bien jurídico y Constitución”, *C.P.C.*, 43, 1991, principalmente p. 20 y ss.

11 “Teoría general del reato”, en *Novissimo Digesto Italiano*, volumen XIX, Milán, 1973.

12 En nuestro país, con algunos matices, siguen básicamente esta orientación los siguientes autores, entre otros: González Rus, J.J.: “Teoría de la pena y Constitución”, en *Estudios Penales y Criminológicos VII*, Santiago, 1984. p. 222 y ss.; del mismo: *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1980; Arroyo Zapatero, L.: “Fundamento y función del sistema penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1, 1987, p. 100 y ss.) y Álvarez García, J.: “Bien jurídico...”, cit., p. 5 y ss.

los derechos fundamentales, pues ellos constituyen el nervio del sistema democrático, que como se tratará de demostrar a continuación representa la noción básica para construir y fundamentar el Derecho penal en la actualidad.

El artículo 1, párrafo primero de la Constitución española de 1978 proclama la vigencia de un Estado social y democrático de Derecho. Son, pues, tres los componentes del Estado que diseña nuestro texto fundamental. Como Estado social intervendrá activamente en la transformación de la sociedad, y como Estado de Derecho habrá que entender que todos y todo están sometidos por igual al imperio de la ley. Sin embargo, yo quiero destacar aquí la importancia de su carácter democrático, pues a mi juicio es la nota esencial del mismo, especialmente por lo que se refiere a las consecuencias en materia penal. Ello no significa en modo alguno desconocer la importancia de las otras dos facetas ni con carácter general ni por lo que a nosotros respecta. Baste recordar que de estas dos características derivan fundamentales principios limitadores del *ius puniendi*, por ejemplo, nada más y nada menos que el principio de legalidad o, de otro lado, la necesidad de protección de intereses comunitarios. Sin embargo, creemos que la importancia del Estado social es insuficiente y peligrosa como plataforma de construcción del Derecho penal, tal como ha pretendido en España Mir Puig.<sup>13</sup> Y lo es porque si se destaca la característica social como la básica del Estado, acentuándose su papel como creador del bienestar, se atribuye, como hace el autor citado, al Derecho penal una "función promocional". Ello conlleva un adelantamiento de la barrera defensiva hasta el momento del peligro, para que así los logros sociales queden siempre a salvo. Este planteamiento, además de ser discutible por construir un Derecho penal como mecanismo de configuración social, descuida la vigencia de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, puesto que todos esos logros no sólo no son un objetivo directo del Derecho penal, sino que además pueden obtenerse por medios menos gravosos que la pena.

Por ello, como veremos, parece más conveniente no adelantar la línea de defensa al momento de peligro y, así, dejar al Derecho penal que persiga sus metas, mucho más modestas, y sin que suponga merma alguna de las libertades individuales.

En esta línea, últimamente Keane ha recordado la necesidad de establecer límites a la acción estatal, incluso si su intervención se justifica en aras de un mayor "bienestar", sea obra de un Estado liberal-capitalista o burocrático-

---

13 Función de la pena... cit., p. 22 y ss.

socialista. También recuerda cómo, por la constante expansión de la actividad estatal, cada vez se hace más difícil distinguir entre Estado y sociedad civil, lo que dificulta extraordinariamente los controles al poder centralizado, una de las viejas ilusiones del liberalismo político inicial.<sup>14</sup> Podría aquí recordarse, la célebre frase de Jefferson: *Todo Gobierno debe tener como único fin la preservación de los derechos del hombre.*<sup>15</sup>

También Mir Puig ha expuesto la dependencia de la función del Derecho penal con relación a las distintas concepciones habidas del Estado moderno.<sup>16</sup> De modo que el Derecho penal, como *última ratio* del ordenamiento jurídico, ha desempeñado una misión distinta en el Estado liberal, en el Estado intervencionista o en el Estado totalitario, pero la idea de Estado, su organización, su misma concepción, se plasma en la norma fundamental. Por ello, hablar de teoría del Estado o de concepción del Estado es hablar de las constituciones respectivas. En definitiva, la conexión entre Estado y Derecho penal sólo puede hacerse a través de la Constitución vigente en cada momento. Y esta estrecha relación entre Constitución y Derecho penal se ha hecho notar en muchas ocasiones.<sup>17</sup> Pero de ahí a pretender la existencia del *programa penal de la Constitución* media un abismo. En verdad, la cuestión no es por desgracia tan sencilla. La Constitución se conforma con fijar unos límites, dentro de los cuales el legislador, único depositario de la soberanía popular, puede y debe moverse según crea conveniente. Un entendimiento tan rígido y extensivo de los contenidos constitucionales nos llevaría a ahogar el Poder Legislativo, con lo que la voz del pueblo sólo sería oída en el período constituyente. Estirar hasta tal extremo el juego de la norma fundamental otorgaría al Tribunal Constitucional, incluso a los jueces ordinarios, un papel desorbitado, que supondría no ya la creación judicial del Derecho y por tanto la subversión de la división de poderes, sino también la apertura a infinidad de textos constitucionales.

Nuevamente conviene recordar otra no menos célebre frase de Jefferson: *Ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, o siquiera una ley perpetua: lo contrario supondría entregar a los muertos el reino de los vivos.*<sup>18</sup>

---

14 Keane, J.: *Democracia y sociedad civil* (trad. A. Escotado), Madrid, 1992. En esta obra se encuentra un magnífico estudio de los distintos modelos de articular las relaciones entre Estado y sociedad civil. Principalmente, pp. 12-20.

15 Jefferson, T.: *Autobiografía y otros escritos* (trad. A. Escotado y M. Sáez de Heredia), Madrid, 1987, p. 507.

16 Función de la pena..., cit., pp., 9 a 25.

17 Véase por todos Vives Antón, T.S., "Reforma política...", cit., p. 86 y ss.

18 *Autobiografía...*, cit., p. 17.



De modo que vuelvo a insistir en la necesidad de elaborar el Derecho penal desde la idea de democracia. Y ¿por qué democracia? Quizá porque, como dijera Radbruch, es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho.<sup>19</sup> Pero dada la trascendencia que cobra en el sistema propuesto, se impone desarrollar, aunque sea mínimamente, la idea de democracia. Maccormich nos brinda una mejor comprensión de su significado. Democracia es simplemente un modo de ejercer el poder estatal, más exactamente, la forma de ejercerlo mediante el poder del pueblo. El valor de la democracia deviene no tanto del reconocimiento de derechos fundamentales como de la forma de tomar las decisiones.<sup>20</sup>

En parecidos términos se pronuncia Alf Ross, para quien la idea fundamental de la democracia es la soberanía popular. En un sentido formal significa que las decisiones son tomadas por el pueblo (soberanía). Por tanto —y esta es la idea que deseo subrayar— no indica el contenido, sino sólo la forma de decidir en el ámbito político. La democracia es en realidad un método para decidir, y no apuntar a un *qué* sino a un *cómo se ejercita el poder*.<sup>21</sup> Siguiendo a este autor, el núcleo conceptual está en la democracia política o jurídica, siendo ésta *aquella forma de gobierno en que las funciones políticas son ejercidas por el pueblo con un máximo de intensidad (dimensión del grupo que puede participar), efectividad (control de los representantes) y latitud (extensión de la participación y control popular de todos los mecanismos de Gobierno) en los métodos parlamentarios*.<sup>22</sup> De modo que —continúa señalando Ross— la democracia no es un concepto de clase, sino que únicamente puede definirse respecto de un ideal.

Y los ideales democráticos apuntan a su significado, a los valores relacionados con esa forma de gobierno. Entonces no puede discutirse la tesis, pero sí la comprensión de los hechos en que ésta se sustenta. Nos situamos así en el terreno de los efectos o consecuencias de la democracia. Ahora bien, la ciencia no puede efectuar la elección última, pero sí facilitarla. Quien renuncie a determinar científicamente los valores de un sistema, renuncia a discernir entre el bien y el mal, y por tanto adopta una pasividad culpable.<sup>23</sup> Y para

---

19 Radbruch, G.: Derecho por encima de las leyes y leyes que no son Derecho, en *Derecho injusto y derecho nulo* (trad. J.M. Rodríguez Paniagua), Madrid, s/f, p. 2 l.

20 Maccormick, N.: *Legal right and social democracy*, Oxford, 1982, p. 27 y ss.

21 Ross, A.: *¿Por qué democracia?* (trad. R.J. Vemengo), Madrid, 1989, PP. 24-25, 83-84 y 96-97.

22 Ob. cit., p. 96.

23 Ob. cit., pp. 94-100.

este autor los ideales democráticos se materializan en la libertad individual de actuar sin coacciones externas, en la libertad política (al ser la forma de gobierno que otorga mayor autonomía a sus ciudadanos), libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de pensamiento, libertad personal (en cuanto ofrece mayor seguridad pública, ya que limita al máximo las intervenciones arbitrarias del propio Estado) e igualdad.<sup>24</sup>

Desde este entendimiento de la democracia, se enlaza perfectamente con la vía propuesta en nuestro país por Vives Antón, sobre la base de conectar Derecho penal y derechos fundamentales, pues éstos “no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático”.<sup>25</sup> Y éste sería precisamente una forma de gobierno donde *los procedimientos de decisión sólo pueden estimarse correctos si los ciudadanos han participado directamente o indirectamente en los mismos y si esa participación ha sido el fruto de una opción libre y racional.*<sup>26</sup>

### III. La libertad como motor

Semejantes premisas condicionan la elección de la idea de democracia como motor legitimador y metodológico en la justificación y elaboración del Derecho penal. Ello comporta fundamentales consecuencias en el sistema penal propuesto, y especialmente en lo que se refiere a su caracterización como garantista.

1. La idea de libertad se sitúa como valor supremo del ordenamiento jurídico. Conclusión que parece quedar avalada por la proclamación recogida en el artículo 1.1 de nuestra Constitución. En este sentido hemos visto cómo la esencia de la democracia la constituye el respeto hacia la personalidad moral del hombre, lo que Kant expresó en su imperativo categórico al señalar que el fin de la acción es tratar siempre a la humanidad como un fin y nunca como un medio. Manifestación especial de ello es el

---

24 Ob. cit., pp. 102-136.

25 La reforma del proceso penal, ob.cit., p. 248.

26 Vives Antón, T.S., ob. y loc. cit.

reconocimiento de su autonomía, de la libertad de autodeterminación conforme a los dictados de la propia personalidad.<sup>27</sup> De modo que la libertad también se erige como eje de la teoría del Derecho.<sup>28</sup> Y el Derecho penal, como su *ultima ratio*, se configura como un orden destinado a asegurar la libertad, esto es, la paz o convivencia.

2. En segundo lugar, nos lleva a la concepción del Derecho como un orden externo de convivencia, lo que comporta una separación clara entre Derecho y moral.<sup>29</sup> No debe confundirse el hecho de que el Derecho apele para su legitimidad a una racionalidad procedimental de tipo ético, esto es, a una teoría de la justicia, con que persiga realizar mandatos morales a través de sus medios coactivos.

Al respecto, ya decía Jefferson que los gobernantes no tienen autoridad sobre los derechos de conciencia *porque nunca se los cedimos y nunca podremos hacerlo*, con lo que los poderes legítimos del Gobierno sólo se extienden a los actos que lesionan a otros.<sup>30</sup>

3. La idea genérica de libertad, como capacidad de autodeterminación, no se agota aquí, sino que se extiende a otras manifestaciones. Aparece así, dicho muy esquemáticamente, el catálogo de derechos fundamentales, que constituyen el nervio del sistema democrático, y por ende de la Constitución. En este sentido sí podría hablarse de un concepto constitucional de delito. Este concepto estaría caracterizado por dos notas: el delito como infracción del Derecho y el delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos. El delito como infracción del Derecho expresa un rasgo esencial del mismo: toda conducta delictiva aparece como violación de una norma concreta y, como ha señalado Vives Antón, “cada norma concreta ha de ser entendida por referencia a una valoración fundamental, expresada en el concepto de derecho”.<sup>31</sup>

---

27 Así, expresamente, Ross, A.: *¿Por qué democracia?*, cit., pp. 139-140. En el mismo sentido Díaz, E.: “La justificación de la democracia”, *Sistema*, 66, Madrid, 1985, p. 28 y ss.

28 Del mismo modo Rawls, J.: “Las libertades fundamentales y su prioridad”, en *Libertad, igualdad y Derecho* (trad. G. Valverde Gefaell), Barcelona, 1988.

29 Así, Hart, J.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, 36, 1980 (trad. L. del Hierro, F. Laporta y J.R. Páramo), pp. 3-17.

30 *Autobiografía...*, cit., pp. 281-282.

31 “Reforma política...”, cit., p. 88.

De modo que la infracción del Derecho, de la norma, es en primera instancia una conducta desvaliosa, en tanto que niega el valor recogido en el Derecho positivo. Y en segundo término, el delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos viene a significar que la idea de libertad “se concreta o materializa en una serie de bienes e intereses que representan las condiciones externas de su ejercicio”.<sup>32</sup> Por consiguiente, la noción de antijuricidad vendrá determinada por el entendimiento de delito como infracción del Derecho y como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Esto es, en una sistemática objetiva y valorativa.<sup>33</sup>

También desde la idea de libertad surge la construcción de un Derecho penal de la culpabilidad y, aunque de ello no podemos ocuparnos mucho en este trabajo, sí conviene aquí dejar constancia de que también tiene futuro una dogmática penal basada en la misma, a pesar de la original *teoría del dominó* manejada por Gimbernat Ordeig, según la cual si la libertad es indemostrable, lo es también el principio de culpabilidad, cayendo entonces una tras otra las piezas que en él se apoyan, como son el Derecho penal y la dogmática.

La misma idea de Estado democrático conlleva la exigencia de libertad y de ésta debe seguirse la proclamación del principio de culpabilidad y del juicio de culpabilidad, como segundo gran momento en el que se integra la teoría del delito.

Antijuricidad y culpabilidad constituyen así los dos ejes sobre los que se asienta la teoría del delito. Se adopta también desde esta perspectiva por una sistemática bipartida.

4. Por último, todos los principios penales, como límites que son del *ius puniendi*, también derivan de la idea de democracia. En este sentido, Ross ha calificado la democracia como “un ingenioso sistema de asignación de poderes combinado con medidas de control”.<sup>34</sup> Así la división de poderes, los mecanismos de control y, desde luego, la vigencia de los derechos fundamentales suponen el nacimiento de límites infranqueables para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho.

---

32 Vives Antón, T.S., ob cit., p. 90.

33 Sobre la cuestión, recientemente en España, Silva Sánchez, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

34 ¿Por qué democracia?, cit., p. 209.

En resumen, de todo lo hasta aquí expuesto puede decirse que, si se opta por una perspectiva garantista para superar los diversos niveles de crisis en que se encuentra el Derecho penal contemporáneo, ha de hacerse por aquel modelo que más garantías ofrezca, y llevar éste hasta sus últimas consecuencias. No debe olvidarse, como ha subrayado Ferrajoli, que el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, dependiente de la precisión de los límites impuestos a los poderes públicos por la norma fundamental y del grado de efectividad de este sistema de garantías.<sup>35</sup> Por eso, sólo el Derecho es el futuro de la democracia. ❖

---

35 Il Diritto come sistema di garanzia, ob. y loc. cit.



# La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales<sup>1</sup>

Kai Ambos

Research Fellow at the Max Planck Institute  
for Foreign and International Criminal Law

I. El presente artículo pretende tratar el problema de la complicidad a través de acciones cotidianas, respondiendo a las necesidades del estudiante que se enfrenta a la resolución de un caso práctico.<sup>2</sup>

Para ello, primero es preciso una descripción del problema, así como su ubicación dentro de la sistemática del delito. Por lo que afecta al contenido, se ha de reducir la ya casi inabarcable doctrina existente a dos puntos de vista fundamentales, y se defenderá la tesis de que estas dos posturas apenas se diferencian en cuanto a los resultados.

El texto del artículo debería resultar comprensible por sí solo y suficiente para sus fines didácticos. Las notas a pie tienen por objeto principal –dentro de lo que se entiende por un mínimo estándar científico– la verificación más detallada posible de las opiniones que no se mencionan expresamente en el texto.

- 
- 1 Título original: "Beihilfe durch Alltagshandlungen", en: *Juristische Arbeitsblätter* 2000, p. 721 ss. Traducción de Gabriel Pérez Barberá, Univ. Córdoba (Argentina) /Munich. Revisión de Teresa Manso Porto, mag. iur. comp, colaboradora científica, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo. Revisión del autor.
  - 2 Cf. recientemente *Murmann*, *Jura Examensklausurenkurs, Sonderheft* 2000, p. 71, nota "\*\*\*", quien advierte que el problema en cuestión es prácticamente desconocido incluso entre estudiantes de fin de carrera.

## II. El problema y su ubicación sistemática

¿Es punible por complicidad (§ 27 StGB) el vendedor de un “vulgar”<sup>3</sup> destornillador, que posteriormente es utilizado por el comprador para un robo? ¿Responde el vendedor de cerillas como cómplice del incendio perpetrado con ellas? ¿Es responsable el panadero por el ulterior envenenamiento de su pan, y debe por lo tanto ser penado como cómplice de asesinato con envenenamiento? Estos y otros casos<sup>4</sup> pertenecen al ámbito del problema de la complicidad a través de acciones cotidianas o de acciones externamente neutrales.<sup>5</sup> Bajo este concepto puede comprenderse toda acción “que el que actúa hubiese llevado a cabo frente a cualquier otro que se encuentre en el lugar del autor, porque con dicha acción persigue fines propios e independientes del autor y del hecho, que no están jurídicamente desaprobados.”<sup>6</sup>

Antes de tratar la ubicación sistemática del problema es necesario ponerse de acuerdo sobre los presupuestos objetivos de la punibilidad de la complicidad. En este sentido, la jurisprudencia parte de la “fórmula del favorecimiento” (“Förderungsformel”),<sup>7</sup> mientras que la doctrina dominante parte de la “teoría de la causación del resultado” (“Erfolgsverursachungstheorie”).<sup>8</sup> Estas dos posturas apenas se diferencian en cuanto al criterio material esencial para la determina-

---

3 *Jakobs*, ZStW 89 (1977), p. 1, 20.

4 Cf. una extensa exposición de casos en *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, p. 7 ss.

5 Sobre los diferentes conceptos cf., por ejemplo, *Otto*, Festschrift (FS, libro homenaje) Lenckner 1998, p. 200.

6 *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 4 (crítico, sin embargo, de su propia definición en p. 104); *Wolff-Reske*, Berufsbedingtes Verhalten, etc., 1995, p. 23 ss., comprende bajo este concepto la entrega de cosas, el otorgamiento de información y la prestación de otros servicios.

7 Cf. *Roxin*, StGB Leipziger Kommentar (LK), 1993, § 27 nm. 1, p. 23 ss., con ulteriores referencias, y nota 36, al pie. Sobre la crítica a la jurisprudencia cf. LK-*Roxin*, loc. cit., § 27 nm. 20; *Jakobs*, Strafrecht AT2, 1991, 22/35; *Wolff-Reske*, (cit. nota 5), p. 102 s.

8 Cf. LK-*Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 2; *el mismo*, FS Miyazawa 1995, p. 501 s.; *Schönke-Schröder (S/S)-Cramer*, Strafgesetzbuch, 25° edic., 1997, § 27 nm. 7; *Samson*, Systematischer Kommentar zum StGB, 1993, § 27 nm. 6, 9; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5° edic., 1996, p. 693 s.; *Jakobs* (cit. nota 6), 22/34; *Kühl*, Strafrecht AT, 2° edic. 1997, § 20 nm. 214 ss.; *Gropp*, Strafrecht AT, 1998, § 10 nm. 146



ción de la existencia de complicidad,<sup>9</sup> ya que, por lo general, un favorecimiento presupone un comportamiento causal.<sup>10</sup> En lo sustancial, para las dos concepciones es suficiente conque se dé tal favorecimiento causal del hecho principal a través de la contribución del cómplice, lo que conduce a una extensión prácticamente ilimitada del tipo objetivo de la complicidad.<sup>11</sup> Al igual que sucede con la imputación del resultado en la autoría, también en la complicidad la causalidad del aporte del cómplice –en el sentido de una influencia en el modo concreto de realización del tipo (“Modifikationskausalität”)<sup>12</sup>– constituye sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para la responsabilidad penal.<sup>13</sup> Por ello, para obtener una delimitación y unos contornos racionales de la punibilidad de la complicidad se debe recurrir a las reglas generales de la imputación objetiva.<sup>14</sup> De acuerdo con ellas, la complicidad es un incremento causal y

- 
- 9 Por eso la delimitación de ambas opiniones ha sido frecuentemente señalada como un “falso problema” (así *Roxin* [cit. nota 7], p. 502; de acuerdo *Otto* [cit. nota 4], p. 195; también *Murmann*, JuS 1999, p. 549, nota 5).
- 10 En este sentido, *Mezger* ha demostrado que la causalidad ha sido un componente de la fórmula del favorecimiento de la jurisprudencia del Tribunal del Reich (cf. *LK-Roxin* [cit. nota 6], § 27 nm. 23 s.). Podría constituir una excepción el “caso de la llave” (RGSt. 6, 169), porque allí la ayuda prestada (entrega de la llave) no tuvo, en realidad, ninguna influencia en la comisión del hecho (cf. *Murmann* [cit. nota 8], p. 549).
- 11 Cf. la crítica general en la doctrina (especialmente de la complicidad psíquica en el sentido de la jurisprudencia): *LK-Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 25 s.; *el mismo* (cit. nota 7), p. 503 s., p. 507; *SK-Samson* (cit. nota 7), § 27 nm. 15; *Jakobs* (cit. nota 6), 22/34 (“penalización de tentativas de ayuda como ayuda efectiva”), 22/35; *Kühl* (cit. nota 7), § 20 nm. 220.- A una extensión de la punibilidad conduce la concepción de la complicidad como delito de peligro abstracto o abstracto-concreto (especialmente en *Herzberg* y *Vogler*), que puede encontrarse a veces en la literatura; críticamente, con razón, *LK-Roxin* (1993), § 27 s.; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 504 s.; *Samson*, FS Peters (cit. nota 6), p. 126 ss., 130 ss. (132, 135); *SK-Samson* (cit. nota 7), § 27 nm. 7 s.; *Jakobs* (cit. nota 6), 22/35; *Kühl* (cit. nota 7), § 20 nm. 220; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1998, p. 147 ss.; *Otto* (cit. nota 4), p. 197; *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 103 ss.
- 12 *LK-Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 3; *el mismo* (cit. nota 7), p. 501 s., especialmente haciendo referencia a *Claß* crítica de la Modifikationskausalität, que atribuye a *Mezger*, *Schaffstein* FS Honig 1970, p. 176 s.
- 13 *LK-Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 4 s.; *el mismo* (cit. nota 7), p. 509 ss.; *Samson*, FS Peters 1974, p. 132 ss. (134 s.); *SK-Samson*, (cit. nota 7), § 27 nm. 9 s.; *Niedermair*, ZStW 107 (1995), p. 507 ss., 511; *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 106, 107. Cf. acerca de la imputación jurídico-penal del resultado –entre muchos– *Jakobs* (cit. nota 6), 7/29.
- 14 Cf. *LK-Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 22; *el mismo*, FS Stree/Wessels, 1993, p. 381 s.; *Jakobs* (cit. nota 6), 22/36; *S/S-Cramer* (cit. nota 7), § 27 nm. 9 s.; *Kühl* (cit. nota 7), § 20 nm. 221; *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 95 ss. (105 ss.).

jurídicamente desaprobado del riesgo, lo que presupone, en primer lugar – además de la Modifikationskausalität– un incremento del riesgo para el bien jurídico que se haya creado a través del aporte del cómplice y, con ello, una mejora de perspectivas desde el punto de vista del autor.<sup>15</sup> En segundo lugar, el riesgo que entraña la conducta de complicidad debe estar desaprobado jurídicamente (“Risikomißbilligung”).<sup>16</sup>

La exigencia impuesta por una postura más reciente,<sup>17</sup> de que el riesgo creado por el aporte del cómplice se realice –como requisito adicional– en la comisión del hecho principal (“Risikoverwirklichung” o “Risikorealisation”), en realidad se corresponde básicamente con las exigencias de la Modifikationskausalität. Pues el requisito de realización del riesgo puede entenderse también –sin volver a caer en una concepción naturalista de la causalidad– en el sentido de que el riesgo de la conducta de complicidad se haya realizado efectivamente, es decir, que exista en el hecho principal una manifestación externa de la voluntad de ser cómplice, que vaya más allá de la mera predisposición interna del que quiere colaborar. A dicha causalidad se la podrá caracterizar como un aspecto meramente secundario,<sup>18</sup> pero eso no altera el hecho de que el criterio de la realización del riesgo también presupone dicha causalidad “secundaria”. De ningún modo puede interpretarse esta concepción como un resurgimiento de la teoría “pura” del incremento del riesgo de Schaffstein.<sup>19</sup> El único punto en común entre ambas concepciones consiste en que las dos quieren prescindir de la causalidad, pero la teoría pura del incremento del riesgo no ha compensado esa renuncia con el requisito de la

---

15 LK-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 29; *el mismo* (cit. nota 7), p. 512; SK-Samson (cit. nota 7), § 27 nm. 10; también Otto (cit. nota 4), p. 196; Murmann (cit. nota 8), p. 550.

16 Cf. LK-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 16; *el mismo* (cit. nota 7), p. 512 s.; Kühl (cit. nota 7), § 20 nm. 222; también Murmann (cit. nota 8), p. 550 ss.

17 Otto, Grundkurs Strafrecht, 5<sup>o</sup> edic. 1996, § 22 nm. 53; *el mismo* (cit. nota 4), p. 196 s.; Murmann (cit. nota 8), p. 550 ss.

18 Así Murmann (cit. nota 8), p. 550 s.

19 Schaffstein (cit. nota 11), p. 173 ss. (180 ss., resumidamente p.184); asimismo la disertación por él dirigida de Salamon, Vollendete und versuchte Beihilfe, 1968, a la que remite en la nota 18.

20 Por ello conduce dicha teoría a una extensión de la punibilidad de la complicidad en el ámbito de la tentativa. Críticamente, con razón, por ejemplo Roxin (cit. nota 6), nm. 28; *el mismo* (cit. nota 7), p. 511; Samson (cit. nota 10), p. 125 s., 132, 135; SK-Samson (cit. nota 7), § 27 nm. 8; Jakobs (cit. nota 6), 22/35; Stein (cit. nota 10), p. 153 ss.; Wolff-Reske (cit. nota 5), p. 103 s.

realización del riesgo.<sup>20</sup> Este requisito adicional legitima, pues, a que a esta reciente postura se la designe como teoría del incremento del riesgo “cualificada”. La cualificación frente a la teoría pura del incremento del riesgo consiste no solamente en el requisito adicional de la realización del riesgo, sino también en la exigencia de su desaprobación. Este requisito pone nuevamente de manifiesto la proximidad de este moderno punto de vista con la teoría de la elevación causal del riesgo, y apoya la tesis de que, en lo sustancial, las diferencias entre ambas son de índole puramente terminológica.<sup>21</sup>

Si se sigue la doctrina moderna,<sup>22</sup> entonces la punibilidad de las acciones cotidianas debe analizarse en el tipo objetivo dentro del requisito de la desaprobación del riesgo, es decir, después de la comprobación del incremento del riesgo mediante el aporte auxiliar.

### III. Los puntos de vista de la doctrina

En forma simplificada, por motivos didácticos, puede decirse que en la doctrina<sup>23</sup> existen dos tendencias fundamentales.<sup>24</sup> Una opinión sostiene que las

---

21 Así también *Otto* (cit. nota 4), p. 196 s.; cf. también *Lüderssen*, FS Grünwald 1999, p. 344 ss. (350), quien acertadamente advierte que el “instrumental de la imputación objetiva” puede reconducirse a las estructuras más sencillas de la doctrina tradicional sólo si se vacía de contenido.

22 Respecto a esto –así como a todo el problema de la complicidad en general-, la jurisprudencia todavía no ha desarrollado una concepción uniforme, sino que resuelve caso por caso. Cf. *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 11 ss.; *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 41 ss.; *LK-Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 20; *el mismo* (cit. nota 7), p. 515; *Meyer-Arndt*, wistra. 1989, 281, 282 ss. En los resultados, esta autora sigue el punto de vista de *Roxin*; cf. por último BGH, wistra. 1999, 459 (460) e *infra*, nota 36.

23 De un modo distinto a las opiniones que se describen a continuación pretende *Niedermaier* (cit. nota 12, p. 507 ss., 539 s.) equiparar las acciones cotidianas a los casos de complicidad “normal” en el sentido de la también aquí válida “desaprobación accesoria” (“akzessorische Mißbilligung”) y obtener una limitación de la punibilidad únicamente a través del criterio –de validez general– del incremento del riesgo. Pero ello conduce en realidad a una fuerte extensión de la punibilidad (cf. el análisis resumido pero escasamente crítico de *Wohlleben* [cit. nota 3], p. 30 s., 98 s.).- Completamente diferente el punto de vista de *Schild-Trappe*, *Harmlose Gehilfenschaft?*, 1995, quien parte de la complicidad como “una causalidad obtenida de forma psíquica, esto es, una influencia psíquica efectiva sobre el autor” (p. 96 ss.), y con ello pretende que toda contribución al hecho sea reconocida como “puramente” psíquica e intelectual, a lo sumo como un “signo exteriormente visible de una complicidad (psíquica, dolosa)” (p. 186, 97). Esta opinión conduce a un énfasis muy fuerte del aspecto interno del hecho, y ciertamente tanto del lado del autor principal como del

acciones cotidianas no deben siquiera ser subsumidas bajo el tipo objetivo de la complicidad, pues se trata de conductas jurídicamente irrelevantes y, por tanto, no pueden ser criminalizadas por el simple hecho de que un tercer autorresponsable haya abusado de ellas para cometer un delito.<sup>25</sup>

---

lado del cómplice. Así, el autor debería ser “consciente de la solidaridad de ‘su’ cómplice” (p. 97), y éste a su vez conocer positivamente la decisión por parte del autor principal de cometer un delito.

- 24 Una sinopsis general de las diferentes concepciones sostenidas en la doctrina ofrece *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 13 ss., reseñándolas críticamente y comparando los resultados prácticos (p. 13 ss.); cf. también *Tag*, JR 1997, p. 49, 50 ss., quien diferencia entre teorías subjetivas, objetivas y mixtas, así como una teoría de la exclusión de la antijuridicidad; recientemente también *Otto* (cit. nota 4), p. 200 ss.; *Weigend*, FS Nishihara 1998, p. 199 ss.; *Amelung*, FS Grünwald 1999, p. 10 ss.
- 25 Aproximadamente en el mismo sentido que los autores que se señalan a continuación, argumentan aquellos que sostienen que falta la tipicidad en caso de cumplimiento de deberes jurídico-civiles o del llamado “riesgo permitido” (cf. referencias en *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 61 ss., 66 ss.; muy recientemente *Wohlbers*, NSTz 2000, p. 173 s.; más en profundidad acerca del riesgo permitido –como instrumento para el aumento cualitativo del riesgo– *Rogat*, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, 1997, p. 68 ss., 82 ss., 97). De modo parecido *Hassemer*, con su criterio de la “adecuación profesional” (cf. la crítica al respecto de *Otto* [cit. nota 4], p. 202 s.), quien con ello establece una conexión con la teoría de la adecuación social fundada por *Welzel* (sobre esto, *ibid.* p. 201 s., con otras alusiones; también *Wolff-Reske* [cit. nota 5], p. 63 ss.; *Rogat*, *loc. cit.*, p. 54 ss.); el concepto adolece, sin embargo, de una cierta indeterminación (cf. *Frisch*, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, 1988, p. 296 s.; *Wolff-Reske* [cit. nota 5], p. 65 s.; de otra opinión *Rogat*, *loc. cit.*, p. 68). El aspecto objetivo es enfatizado también por *Schumann*, *Handlungsunrecht*, 1986, que parte del principio de autorresponsabilidad del individuo (p. 42 ss.), el cual exige una especial justificación para la punibilidad de la participación que pasa por la solidaridad con el hecho principal (p. 54 ss, 57); ésta, en cambio, sólo entra en consideración en caso de un desvío del “curso normal de la vida” (v. *Bar*) (p. 60). Pero también esta opinión es objeto de críticas, en especial debido a la falta de determinación de lo que significa “solidarizarse” (cf. *Meyer-Arndt*, *wistra* 1989, p. 285; *Niederemair* [cit. nota 12], p. 512 ss.; *Wolff-Reske* [cit. nota 5], p. 75, 98 s.; *Wohlleben* [cit. nota 3], p. 13 ss., 73 ss.; *Rogat*, *loc. cit.*, p. 122, 128 ss.; *Otto* [cit. nota 4], p. 205 s. También es poco precisa la clasificación cuantitativa propuesta por *Weigend* (cit. nota 23), p. 199 s., 208 ss. (212), en función del “efecto de favorecimiento efectivo” que tenga la conducta de complicidad y del correspondiente incremento del riesgo (comparte este punto de vista *Lüderssen* [cit. nota 20], p. 347, 350; crítico, en cambio, *Wohlbers*, *loc. cit.*, p. 172 s.; sobre los casos de “insignificancia” dentro de este contexto cf. *Rogat*, *loc. cit.*, p. 97 ss.). En favor de una solución objetiva también el Tribunal Supremo Suizo (SchweizBG) (cf. *Wohlbers*, *loc. cit.*, p. 171 s.); *López Peregrín*, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 270 ss. (272 s.), así como el Common Law tradicional (cf. *Smith*, *A modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, 1991, p. 155 s.).

Así Jakobs,<sup>26</sup> apoyándose en el criterio de la prohibición de regreso,<sup>27</sup> decide en función de si el que presta ayuda puede desvincularse o no de las consecuencias de su aportación, lo cual es posible “cuando su comportamiento también tiene sentido sin la acción de quien comete el hecho”. A un resultado similar llega Frisch,<sup>28</sup> pero basándose en una ponderación, orientada al princi-

---

26 Jakobs (cit. nota 6) 24/15,17. Resumidamente, pero en definitiva contrarios: *Nieder-mair* (cit. nota 12) p. 508 ss.; *Wohlleben* (cit. nota 3) p. 22 ss., 81 ss.; *Otto* (cit. nota 4) p. 203 ss.; también crítico *Rogat* (cit. nota 24) p. 140 s.- Esencialmente argumenta del mismo modo que *Jakobs* (en parte también en la elección de los términos) *Wolff-Reske* (cit. nota 5) p. 85. ss, cuando de manera funcionalista declara como fin jurídico (penal) primordial el “mantenimiento del orden social” (p. 86) y exige “competencia” por el resultado (p. 91); concretamente con respecto a la responsabilidad por complicidad pretende establecer como criterio “si se trata de un comportamiento que puede distanciarse del plan delictivo”, en cuyo caso no habría imputación, o si se puede interpretar como “proyecto antijurídico”, por lo que entonces habría imputación (p. 123 ss.); la correspondiente modificación del comportamiento con respecto al comportamiento normal se establecería a través del concepto (sociológico) de rol (p. 129 ss., 184), si bien el rol –partiendo de la postura de *Jakobs*– también habría de concretarse a través de “normas profesionales reglamentadas” (p. 143 ss.); de ello resulta que la responsabilidad penal solamente entra en consideración en caso de “exceso en los límites del rol”; otro criterio de imputación lo constituiría la posición de garante de quien actúa condicionado por su profesión (p. 143 ss.); subsidiariamente entraría en consideración una responsabilidad basada en las normas de solidaridad de los parágrafos 138 y 323 c del Código penal alemán (p. 177 ss.). Crítico con esto *Wohlleben* (cit. nota 3) p. 28, 93 ss.

27 En esa dirección se orienta también *Puppe*, *Nomos Kommentar zum StGB*, 1995, previo al § 13 nm. 155; críticamente *Nieder-mair* (cit. nota 12), p. 534 ss.; *Rogat* (cit. nota 24), p. 138 ss.

28 *Frisch* (cit. nota 24), p. 295 ss. (298, 299). De modo similar pretende *Murmann* (cit. nota 8) conceder una amplia impunidad cuando se trata de acciones de la vida diaria que son socialmente adecuadas (p. 552), pues tales formas de comportamiento están ya permitidas por “reglas de conducta previas al derecho penal” (“vorstrafrechtliche Verhaltensordnung”); en este sentido, carece de toda relevancia el conocimiento que tenga el colaborador o facilitador de la intención delictiva del autor principal. Esencialmente como *Frisch* –exceptuando la toma en consideración de cursos causales hipotéticos– también *Hefendehl*, *Jura* 1992, p. 374, 376 s. (caso de la fotocopidora); asimismo *Lüderssen* (cit. nota 20), p. 338 ss. (340 s.), 347, 349, quien en caso de existencia de una elevación del riesgo se declara a favor de una ponderación entre el bien jurídico afectado y el principio general de libertad de actuación (crítico *Wohlens* [cit. nota 24], p. 173); *Amelung* (cit. nota 23), p. 27 ss., 30, sigue a *Frisch* en tanto que, fundándose en el principio general de libertad de actuar, se declara partidario de un derecho a la conducta empresarial favorecedora del hecho (“tätförderndes Geschäftsverhalten”) y, con ello, de una justificación. Resumidamente y crítico con respecto a *Frisch*: *Nieder-mair* (cit. nota 12), p. 515 ss. (sobre

pio de proporcionalidad, entre la libertad general de actuar<sup>29</sup> y la protección de bienes jurídicos. De ello se deriva que, en principio, quien facilita el hecho puede confiar en “el aprovechamiento no delictivo por parte de otros de la situación creada”, “incluso cuando exista la posibilidad concreta de una prosecución delictiva”. Pues “objetable no es el estado de cosas que por sí mismo tiene un significado no delictivo, sino lo que hace de él un tercero responsable”.<sup>30</sup>

En este contexto es relevante la objeción del curso causal hipotético, según la cual se argumenta que el autor principal hubiera podido recibir sin más la ayuda en cuestión por parte de otra persona (por ejemplo la venta del destornillador o el viaje en taxi hasta el lugar del hecho). Podría, sencillamente, haber ido a otro establecimiento o haber tomado otro taxi. Frente a esto sostiene la doctrina mayoritaria que –tal como sucede con la imputación “normal” del resultado en la autoría– dichos cursos causales hipotéticos no deben tomarse en consideración.<sup>31</sup> Por ejemplo, si poco después de un atentado mortal la víctima hubiese muerto de todos modos a consecuencia de un paro cardíaco, el autor del atentado responde igualmente por su hecho. En esta argumentación resulta, sin embargo, problemático que en los casos normales existe siempre un comportamiento (previo) jurídicamente desaprobado (¡el atentado de nuestro ejemplo fue, sin duda, un asesinato punible!), mientras que precisamente en los casos de complicidad a través de acciones cotidianas el comportamiento en cuestión está, en principio, aprobado jurídicamente o permitido.

---

todo crítico con el concepto de “significado delictivo” (“deliktischer Sinnbezug”); *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 17 ss., 75 ss.; *Otto* (cit. nota 4), p. 210; también *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 76 s., 79 (siguiendo a *Jakobs*).

- 29 Crítico en relación a la libertad general de actuar (“allgemeine Handlungsfreiheit”) en ese contexto *Nidermair* (cit. nota 12), p. 537 ss.
- 30 Según *Frisch* (cit. nota 24), p. 314 ss., sin embargo, debe considerarse la punibilidad si se dan respecto del colaborador los presupuestos –en cuanto al hecho principal– de los §§ 138 o 323 c StGB.
- 31 Cf. LK- *Roxin* (cit. nota 6); *el mismo* (cit. nota 7), p. 501, 510; *Jakobs* (cit. nota 6), 22/37; *Kühl* (cit. nota 7), § 20 nm, 216; *Freund*, *Strafrecht AT 1998*, § 10 nm. 136 s.; *Hefendehl* (cit. nota 27), p. 376 s.; *Murmann* (cit. nota 8), p. 550; cf. también *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 87 s.; (cit. nota 5), p. 117 ss., ambos con ulteriores referencias. Favorable a conceder relevancia a los cursos causales hipotéticos, por el contrario, *Frisch* (cit. nota 24), p. 294, especialmente nota 218; con distinciones, *Lüderssen* (cit. nota 20), p. 341.

Frente a esto, otra opinión sitúa el criterio de distinción determinante más bien en el ámbito subjetivo. Así, según Roxin<sup>32</sup> la punibilidad depende, primeramente, del dolo del que presta ayuda con relación al hecho principal. Si actúa con *dolus directus*, es decir, si conoce el plan del autor, es más probable que entre en consideración una complicidad punible que en el caso de que sólo considere el aprovechamiento delictivo de su aporte como dentro de lo posible, en el sentido del *dolus eventualis*. En caso de conocimiento positivo habría que seguir diferenciando si el aporte al hecho tiene un “significado delictivo” (“deliktischer Sinnbezug”), es decir, si tiene un valor para el hecho principal y el partícipe lo sabe; entonces por lo general entraría en consideración la complicidad punible. Esta se excluye, en cambio, cuando el aporte tiene sentido con independencia del hecho principal, es decir, cuando tiene un “significado legal” (“legaler Sinnbezug”).<sup>33</sup> En caso de *dolus eventualis* del partícipe, “en el caso general” debería rechazarse la complicidad punible, pues al partícipe le está permitido confiar (principio de confianza)<sup>34</sup> en “que otros no cometerán hechos punibles, en tanto esta suposición no sea desvirtuada por una

- 
- 32 Cf. LK- *Roxin* (cit. nota 6), nm. 17 ss.; *el mismo* (cit. nota 7), p. 513 ss.; algo distinto en cuanto al énfasis, *el mismo* (cit. nota 13), p. 378 ss. Sobre esto, a modo de resumen, *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 26 ss., 92 s.; críticamente *Niedermair* (cit. nota 12), p. 528 ss.; *Rogat* (cit. nota 24), p. 146 ss.; también *Otto* (cit. nota 4), p. 206 ss. En lo esencial como *Roxin*, argumenta *Tag* (cit. nota 23), p. 54 ss. (57), enfatizando, en cambio, la ponderación de bienes (libertad de actuar versus protección de bienes jurídicos) y, en esa medida, acogiéndose a *Frisch* (cit. nota 27). A los mismos resultados que *Roxin* llega también *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 107 ss., cuando resalta la importancia del estado de conciencia interno (p. 116, también p. 121 s.) y, como regla general, parte de la punibilidad en el caso de conocimiento del hecho principal (p. 159 s.) y de la no punibilidad en el caso de un mero considerar como posible (p. 162 s.); no obstante, tanto la ponderación de las ventajas y desventajas que importan los resultados objeto de representación mental (p. 122 ss.) como las valoraciones o juicios previos (p. 124 ss.) también pueden jugar un papel importante (crítico *Murmann*, GA 1999, 406 ss.); por último *Amelung* (cit. nota 23), p. 22 ss., 29, quien exige conocimiento efectivo o, en caso de dolo eventual, “puntos de referencia concretos”, es decir, la conducta *punible* de conformarse con el peligro *concreto* de que se produzca el resultado se contrapone a la conducta *no punible* de conformarse con meros riesgos comerciales *abstractos* (pero bien sigue a *Frisch* en el ámbito de la justificación).
- 33 Sobre el comportamiento legal del colaborador ya especialmente *Meyer-Arndt*, wistra 1989, p. 286 s.; crítico, pero conforme en el resultado, *Niedermair* (cit. nota 12), p. 522 ss.
- 34 Sobre esto, más detenidamente *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 120 ss.; *Rogat* (cit. nota 24), p. 116 ss.

'reconocible propensión al hecho' del tercero".<sup>35</sup> Una importancia decisiva le otorga también al aspecto subjetivo Otto,<sup>36</sup> cuando, en conclusión, pretende no castigar como complicidad la ayuda al hecho mediante "conductas específicamente laborales" únicamente "cuando el que presta ayuda reconoce sólo el peligro de utilización de su acción con fines delictivos, pero no lo conoce positivamente". En cambio, con respecto a las acciones cotidianas de carácter privado Otto considera suficiente que el colaborador "crea reconocer el peligro concreto de que se cometa un delito". La jurisprudencia también distingue en función de la parte subjetiva del hecho y argumenta, incluso en la elección de los términos, del mismo modo que Roxin:

"Si la acción del autor principal va dirigida exclusivamente a la comisión de una acción punible y si el que presta ayuda lo sabe, entonces su aporte al hecho debe considerarse como conducta de complicidad. En este caso su actuar pierde siempre el carácter de 'cotidiano'; ha de definirse como 'solidarización' con el autor y, por tanto, ya no puede considerarse como 'socialmente adecuado'... Por el contrario, si el que presta ayuda no sabe cómo será empleada su aportación por parte del autor principal, y sólo lo considera posible, entonces, su actuar por lo general todavía no debe considerarse como una acción punible de complicidad, salvo en caso de que el riesgo por él reconocido de que hubiese un comportamiento punible por parte de la persona a quien ayudó fuera tan alto, que con su prestación auxiliar fue su empeño favorecer a un autor reconociblemente propenso al hecho."<sup>37</sup>

#### IV. Resumen crítico y conclusiones

Las opiniones expuestas se diferencian, en primer lugar, en sentido formal, en tanto la primera (Jakobs, Frisch) pretende solucionar el problema en el nivel objetivo, y la segunda (Roxin, Otto, también el BGH) en el nivel subjetivo. Para el análisis de un caso práctico, esto significa que el primer punto de vista puede ser examinado sin más en el tipo objetivo, mientras que para el segundo es recomendable un análisis que relacione los aspectos objetivos y

---

35 *Roxin* (cit. nota 7), p. 516.

36 *Otto* (cit. nota 4), p. 212 ss. (215).

37 BGH, *wistra* 1999, p. 459, 460 (énfasis del autor); ver también BGH NJW 2000, 3010 y ss. (3011); cf. también ya la nota 21.



subjetivos del hecho, pues, según éste, es precisamente el conocimiento del colaborador lo que determina el carácter jurídicamente desaprobado de la acción cotidiana. A primera vista, este examen que relaciona ambos aspectos del hecho resulta algo desconcertante, pero también aquí rige el principio según el cual las cuestiones materiales objeto de examen determinan o condicionan los aspectos estructurales, meramente formales, y no a la inversa.

Por lo demás, en el aspecto material ambas posturas tienen en común que pretenden alcanzar una delimitación restrictiva de la responsabilidad del cómplice por acciones cotidianas.<sup>38</sup> El problema sustancial que las une consiste en la exacta comprensión material de qué debe entenderse por acciones cotidianas que en principio son impunes. Las definiciones abstractas abarcan regularmente demasiado poco, pues no hay acciones cotidianas *per se*. Antes bien, es posible que toda acción en sí misma neutral sea convertida en una acción delictiva mediante la correspondiente asignación de semejante fin.<sup>39</sup> Con ello pierde —en referencia al contexto general de la comisión— su carácter de acción meramente cotidiana. Por eso, tampoco es sostenible una diferenciación meramente objetiva entre significado “delictivo” y significado “legal”, pues también en este sentido la atribución de un fin determina la legalidad o ilegalidad del comportamiento. El significado específico sólo puede, por lo tanto, determinarse de manera concreta (in casu), no siendo posible al respecto una determinación de validez general.<sup>40</sup>

El aporte al hecho adquiere un fin determinado o, en otras palabras, el carácter de “delictivo” o “legal” mediante el dolo del colaborador. Su conocimiento efectivo de la intención delictiva del autor lo convierte a él en “co-conocedor” del hecho principal y a su acción cotidiana, en una delictiva: “El conocimiento da al comportamiento un sentido delictivo”.<sup>41</sup> Sólo son, pues, problemáticos aquellos casos en que el colaborador ciertamente no conoce la intención delictiva

---

38 Correctamente *Tag* (cit. nota 23), p. 54. De otra opinión, en cambio, *Niedermair* (cit. nota 22).

39 Así, *Roxin* (cit. nota 7), p. 515, así como el BGH (cit. nota 36) y el texto correspondiente; similar, *Otto* (cit. nota 4), p. 214; *Wohlers* (cit. nota 24), p. 172.

40 Cf. la acertada crítica de *Niedermair* (cit. nota 12), p. 529 ss., 544, así como la de *Otto* (cit. nota 4), p. 207 s. a la diferenciación de *Roxin*. Yo en cambio creo que esa contradicción que allí se revela muestra en sí misma y aclara por qué *Roxin* en LK- *Roxin* (cit. nota 6), nm. 17 ss. y en FS Miyazawa (cit. nota 7), p. 513 ss. enfatiza más claramente el aspecto subjetivo que en FS Stree/Wessels (cit. nota 13), p. 378 ss.

41 *Otto* (cit. nota. 4), p. 214. Al mismo resultado llega *Roxin* (cit. nota 7), p. 513, 514 s.

del autor principal, pero la tiene como posible, en el sentido del dolo eventual. Aquí rige el principio de confianza, con lo cual resulta que el colaborador, por regla general, puede partir de la base de que su contribución será empleada legalmente, es decir, que su comportamiento en sí mismo neutral o permitido permanece impune. Puede admitirse en todo caso una excepción cuando la intención delictiva del autor principal era para el colaborador reconocible sin más –en el sentido del criterio roxiniano de la “reconocible propensión al hecho”–,<sup>42</sup> pues esos casos se corresponden, en cuanto a su valoración, con aquellos en que el colaborador tiene conocimiento del hecho principal.

El privilegio del hombre de negocios frente al sujeto privado –tal como lo propone Otto–<sup>43</sup> se puede justificar desde el punto de vista de que el individuo privado sólo dispone de una libertad de actuar general (Art. 2, I Constitución alemana), mientras que el hombre de negocios dispone además de una libertad profesional (Art. 12 Constitución alemana). La limitación de la libertad de actuar general que tiene lugar con la penalización de acciones cotidianas como complicidad requiere, por tanto, una justificación más fuerte con respecto al hombre de negocios, pues a él le asiste también un derecho más fuerte. En este sentido, también sería posible admitir, junto a Amelung,<sup>44</sup> la existencia de una causa de justificación.

Como resultado, la diferencia entre las dos posturas principales existentes en la doctrina se reduce a los casos en los que el que colabora con el hecho tiene un conocimiento efectivo o casi efectivo de la intención delictiva del autor principal. Sólo en estos casos conducirían dichas concepciones a resultados diferentes, esto es, la primera (Jakobs, Frisch), a la impunidad de la acción que ha favorecido al hecho principal y la segunda (Roxin, Otto, BGH), a su punición. Sin embargo, esta diferencia puede considerarse poco relevante en la práctica, si se piensa que, en el marco de las acciones cotidianas, el colaborador sólo tiene conocimiento efectivo (o casi efectivo) de la intención delictiva del autor principal en casos excepcionales.<sup>45</sup> ❖

---

42 LK- *Roxin* (cit. nota 6), nm. 21; *el mismo* (cit. nota 7), p. 516; así mismo con el criterio de *Amelung* del “indicio concreto” (supra nota 31).

43 Cf. supra nota 35 y la parte correspondiente del texto.

44 Cf. supra nota 27.

45 Sobre esto advierte también *Roxin* (cit. nota 7), p. 516.

# Eutanasia

## Propuesta de solución jurídica en México

Enrique Díaz-Aranda

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

### I. Introducción

La eutanasia despierta mucho interés y opiniones encontradas. Pero antes de tomar una postura a favor o en contra conviene hacer un poco de memoria y señalar que este tema comienza a cobrar fuerza a partir de los años 60, dado el avance de la tecnología y su aplicación en la medicina a través de los llamados medios extraordinarios, con los cuales se puede prolongar la vida de enfermos terminales; hay que enfatizar que dichos enfermos no tienen la posibilidad de recobrar su salud y, por decirlo así, sólo esperan un poco más para morir. Surge así la pregunta ¿pueden ser legalmente asistidos los pacientes terminales que solicitan su muerte?

Hace poco la sociedad mexicana ha sido informada sobre la existencia de una nueva ley a favor de la eutanasia en Holanda, y el periódico “el mundo de España” nos informó que el 19 de abril de 2001 fue aprobada por el parlamento autonómico de Cataluña la “Ley del testamento vital” y, en el mismo sentido, se debate en estos momentos en Extremadura una nueva Ley de Salud que permitiría la validez jurídica del testamento vital.

En el umbral del tercer milenio los avances de la llamada medicina genómica<sup>1</sup> nos anuncian una ampliación de la expectativa de vida hasta ciento cuarenta

---

1 Cfr. VALADÉS, Diego. “Debate sobre la vida” en CANO VALLE, DÍAZ-ARANDA, MALDONADO DE LIZALDE y Otros. *Eutanasia (aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos)*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 2001. esp. Pág. XIV.

años y con ello se abre una nueva interrogante sobre la prolongación de la vida ¿con qué calidad? La clonación de animales y el reciente avance de clonación de células humanas y la predecible de seres humanos con objetivos terapéuticos ya nos hacen pensar en el valor vital, la dignidad y el respeto que merece el nuevo ser clonado ¿acaso podremos privarlo de la vida para utilizarlo como repuesto?

En el contexto anterior y con la legislación vigente en México necesitamos establecer si debemos continuar con las interpretaciones tradicionales que afirman que quien priva de la vida al paciente terminal que lo solicita comete el delito de auxilio ejecutivo al suicidio u homicidio consentido previsto en el art. 312 del Código penal, sea como partícipe o autor y que la solicitud de muerte que hace el titular de la vida en situación de enfermedad terminal sólo tiene como efecto reducir la pena.

Desde mi punto de vista, conforme a una interpretación histórica, teleológica y sistemática de la Constitución y el Derecho penal mexicano se puede permitir la práctica del homicidio solicitado de enfermos terminales que piden su muerte de manera seria, reiterada e informada.

## **II. Cuestiones preliminares**

El término eutanasia proviene de los vocablos griegos: *eu* y *thanatos* los cuales significan buena muerte. Sin embargo, existen diversidad de hipótesis o supuestos que suelen identificarse como eutanasia; dos de esos supuestos son los más comunes y existen otras tres hipótesis asociadas a dicho término, a continuación las señalo y expongo las soluciones que conforme a una primera interpretación del Derecho penal mexicano vigente se pueden sostener.

## **III. Casos asociados al término eutanasia y soluciones jurídicas tradicionales**

1. Privar de la vida a otro por móviles de piedad: Desde ahora conviene desechar este supuesto como eutanasia, porque sólo se refiere a los motivos o razones que impulsan al homicida a privar de la vida a otro sin tomar en consideración qué opina quien va a morir. Precisamente como la víctima no ha pedido su muerte ni la consiente voluntariamente, entonces quien la priva de la vida (sujeto activo) comete el delito de homicidio, previsto en el artículo 302 del Código penal mexicano y dicha conducta se sanciona con pena privativa de la libertad de 12 a 24 años de prisión

(artículo 307 del mismo ordenamiento). Los móviles altruistas o de piedad que guiaron al homicida sólo atenuarán su culpabilidad<sup>2</sup> y ello deberá valorarlo el juez para, en su caso, imponer la pena mínima prevista en la ley, que es de 12 años de prisión.

Se debe precisar que los móviles del sujeto activo no pueden justificar el homicidio de un tercero, pues ello supondría dejar en manos de otro la valoración de nuestra propia vida. Conceptos como felicidad, dignidad, dolor o sufrimiento, son relativos y, por ello, sólo el titular de la vida puede decidir si su vida vale o no la pena. De ahí que si dijéramos que un tercero o el Estado puede valorar lícitamente sobre nuestra propia existencia al grado de decidir si debemos o no continuar con nuestra vida, entonces estaríamos abriendo las puertas para la comisión impune del delito contra la humanidad denominado: genocidio, cuya práctica durante el régimen nacionalsocialista Nazi es por todos conocida y rechazada.<sup>3</sup>

Por lo anterior, insisto, al hablar de eutanasia debemos desechar cualquier supuesto en el que no se cuente con la opinión, consentimiento y solicitud del sujeto que va a morir.

2. Privar de la vida a quien lo solicita: Son muchos los motivos que pueden llevar al ser humano a decidir morir, pero en la toma de tal decisión subyace fundamentalmente la falta de un motivo para vivir.

Sin embargo, bajo el rubro de eutanasia no pueden quedar comprendidos supuestos en los cuales el sujeto pide su muerte debido a un padecimiento psicológico, por ejemplo, por depresión o por haber terminado una relación amorosa.

Desde mi punto de vista, bajo el rubro de eutanasia se deben encuadrar exclusivamente los casos de enfermos en fase terminal que solicitan su muerte. Una vez que se ha precisado el significado del vocablo eutanasia podemos analizar las diversas hipótesis que se pueden presentar:

- 
- 2 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física". en *Poder Judicial*. Número especial XII. 1990. esp. Pág. 150; CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho penal parte especial*. 14ª ed. Revisada por Cesar Camargo Hernández. T. II. Vol. 2º. Barcelona, España. Ed. Bosch. 1980. esp. Pág. 501; JUANATEY DORADO, Carmen. *Derecho, suicidio y eutanasia*. Madrid. Ed. Ministerio de Justicia del Interior. 1994. esp. Pág. 113; PUIG PEÑA, Federico. *Derecho penal parte especial*. 7ª ed. T. II. Madrid. Ed. Mateu Cromo Artes Gráficas. 1988. Esp. Pág. 362.
  - 3 Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Del suicidio a la eutanasia*. México. Cárdenas editores. 1998. Esp. Págs. 40-44.

- a) Eutanasia activa directa, la cual consiste en provocar la muerte del paciente en el momento en que lo solicita.<sup>4</sup> Estos supuestos son el tema central de este artículo y de acuerdo con nuestra legislación vigente se sancionan con pena privativa de la libertad de cuatro a doce años de prisión (art. 312 del Código penal). No obstante, para estos supuestos existen diversas vías de interpretación a través de las cuales podría quedar impune la conducta del médico que accede a la solicitud de muerte del paciente, de ello me ocuparé en el último apartado de mi exposición.
- b) Eutanasia activa indirecta o eutanasia lenitiva, la cual supone administrar al paciente calmante para el dolor, aunque ello traerá como consecuencia secundaria la anticipación del momento de la muerte. En estos casos el médico cumple con los deberes impuestos por la *lex artis* que le ordenan mitigar el sufrimiento y por ello su conducta queda fuera del radio de prohibición de las normas penales y no puede ser considerada como típica y, en consecuencia, no puede ser constitutiva de delito.<sup>5</sup>

---

4 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "Eutanasia y Derecho penal". en *Estudios de Derecho penal*. 3ª ed. Madrid. Ed. Tecnos. 1990. Pág. 52; GONZÁLEZ RUZ, Juan José. En CARMONA SALGADO, C. y Otros. *Manual de Derecho penal parte especial*. T. I. Madrid. Ed. EDESA. 1992. Pág. 102; BARRENECHEA, J. J. "Aspectos legales" en *La eutanasia* Págs. 92-93; FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo. "Consideraciones en torno a una noción criminalística de la eutanasia" en *Cuadernos de Política Criminal*. No. 51. Madrid. Ed. EDESA. 1993. Pág. 758; LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal (parte general)*. Madrid. Ed. Dykinson. 1986. Pág. 43; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, en COBO DEL ROSAL y Otros. *Derecho penal parte especial*. Pág. 564; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho penal parte especial Delitos contra las personas*. T. I. Madrid. Editorial Centro de estudios Ramón Areces. 1992. Pág. 84; VALLE MUÑIZ, J. M. "Relevancia Jurídico penal de la eutanasia" en *Cuadernos de Política Criminal*. No 37. Madrid. Ed. EDESA. 1989. Esp. Págs. 170 y sigs.; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político criminales" en Homenaje a Sainz Cantero; Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. T. II, nº 13. Granada, España. Ed. Universidad de Granada, 1989. esp. Págs. 281-299.

5 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y Luis Gracia Martín. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales (vida humana independiente y libertad)* Valencia. Ed. Tirant lo blanch. 1993. esp. Pág. 260; CABELLO MOHEDANO, Francisco A; José Manuel García Gil y Agustín Viqueira Turnez. *Entre los límites personales y penales de la eutanasia*. Cádiz, España. Ed. Universidad de Cádiz. 1990. Pág. 43; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal parte especial*. 2ª ed. Barcelona. Ed. Ariel. 1991. Pág. 41; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. "La eutanasia: perspectivas actuales y futuras"

- c) Eutanasia pasiva, la cual implica no iniciar o interrumpir el tratamiento o cualquier otro medio que contribuya a la prolongación de la vida que presenta un deterioro irreversible o una enfermedad incurable y se halla en fase terminal, acelerando el desenlace mortal.<sup>6</sup> Desde la perspectiva del Derecho penal vigente, la conducta del médico que no aplica o interrumpe el funcionamiento de los medios extraordinarios sólo se disculpa cuando dichos medios son empleados para salvar otra vida con mejor pronóstico (estado de necesidad exculpante), es decir, cuando el médico se encuentra ante dos pacientes y sólo cuenta con los medios para prolongar la vida de uno de ellos.
- d) Ortotanasia, consiste en omitir la aplicación de los medios de prolongación artificial de la vida cuando se ha verificado la muerte cerebral y se da paso al denominado estado vegetativo. Como la ley general de salud señala en el artículo 343 que la pérdida de la vida se verifica con la muerte cerebral, entonces, aunque el sujeto haya manifestado previamente su deseo de morir, no estaríamos ante un supuesto de eutanasia dado que el sujeto ya está muerto.<sup>7</sup>
- e) Proponer al enfermo terminal su muerte y hacer nacer en él dicha resolución; en estos supuestos se interfiere decisivamente en la toma de la decisión y, por ello, el médico o cualquier tercero que induce al enfermo incurre en el delito de inducción al suicidio cuya sanción es de uno a cinco años de prisión (artículo 312 del Código penal).

---

en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. T. XLI. fasc. I. enero-abril. Madrid. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. 1988. esp. Págs. 128 y sigs.; KAUFMANN, Arthur. "¿Relativización de la protección jurídica de la vida?" En *Avances de la Medicina y Derecho penal*. Barcelona. Ed. PPU. 1988. esp. Pág. 49.

- 6 ROMEO CASABONA, Carlos María. "El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho Español" en *Homenaje a Sainz Cantero; Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. T. II, nº 13. Granada, España. Ed. Universidad de Granada, 1989. Pág. 193; BUENO ARUS, Francisco. *Estudios penales y penitenciarios*. Madrid. Instituto de Criminología. 1981. esp. Págs. 114-115.
- 7 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal parte especial*. 2ª ed. Barcelona. Ed. Ariel. 1991 Pág. 41; COBOS-GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel/Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos. *Manual de Derecho Penal, parte especial*. T. I. Madrid. Ed. Akal. 1990. Pág. 122; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal parte especial*. 8ª ed. Valencia, España. Ed. Tirant lo blanch. 1990. Pág.. 75; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*. Madrid. Ed. Akal/iure. 1991. esp. Págs. 20 y sigs.

- f) Proporcionar al enfermo terminal los medios para provocar su muerte, como acaecería si se le dieran el vaso con la solución de cianuro al paciente para que él mismo la beba o en el supuesto de las llamadas “máquinas de la muerte” en las cuales el paciente mismo puede accionar el mecanismo de activación del aparato. Aunque estos supuestos quedarían dentro de la hipótesis de auxilio al suicidio y la pena a imponer sería la de uno a cinco años de prisión (artículo 312 del Código penal), considero que dichos supuestos también podrían dejar de ser sancionados por el Derecho penal a través de una reinterpretación que permita al médico auxiliar al enfermo terminal que lo solicita, de ello también me ocuparé en el siguiente apartado.

Hasta donde alcanzo a ver, las anteriores son las distintas hipótesis y soluciones tradicionales que se presentan en torno a la eutanasia conforme al Derecho penal vigente en México. A continuación concentraré mi exposición y mi propuesta de interpretación para la llamada eutanasia activa directa (inciso 2, a)) y el auxilio a la eutanasia (inciso 2, f)).

#### **IV. Propuesta de solución**

En México es común tratar de solucionar problemas como el de la eutanasia proponiendo reformas a la ley. Sin embargo, desde mi punto de vista, se pueden encontrar mejores soluciones a través de la interpretación al Derecho vigente. Para ofrecer una propuesta de solución primero se debe tener en cuenta que el suicidio no es un acto prohibido por las leyes penales mexicanas y, por tanto, se puede afirmar que el suicidio no es un delito.

El legislador penal mexicano no ha aclarado, en la exposición de motivos del Código penal, por qué no se sanciona el suicidio, ello se explica en una razón lógica y es que quien ha conseguido suicidarse ya está muerto y sería ridículo imponer la pena de prisión a un cadáver; pero el problema radica en el caso del suicidio frustrado, cuando el sujeto intenta quitarse la vida y no lo consigue y surge la pregunta ¿debemos sancionarlo penalmente?, la solución al interrogante planteado sólo puede alcanzarse a través de la interpretación, al efecto existen dos posturas:

1. La postura tradicional argumenta razones de política criminal para sostener la impunidad del suicidio frustrado dado que el sujeto que ha atentado contra el bien más valioso del ser humano “la vida” ya no le puede intimidar sanciones como la privación de la libertad para evitar su propia muerte. Además si al suicida que ha fracasado en su intento se le sancionara



con una pena privativa de libertad, ello sería tanto como decirle que se le castiga por haber fallado en la provocación de su propia muerte.

2. En las sociedades contemporáneas de talante plural y democrático se puede llegar a considerar que, bajo determinadas circunstancias, el suicidio es la máxima expresión de la libre autodeterminación de la vida.

Existe una sociedad plural y democrática en aquellos países en los cuales su Carta Magna o Constitución reconoce los siguientes Derechos fundamentales del individuo: derecho a la libertad; derecho al libre desarrollo de la personalidad; derecho a la libertad ideológica y derecho a la dignidad humana.

A diferencia de las Constituciones alemana y española,<sup>8</sup> la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no reconoce con fórmulas tan generales dichas garantías; pero sí reconoce específicas formas de manifestación de dichas garantías, a saber: la libertad, prohibiendo cualquier forma de esclavitud (artículo 2) o pacto que menoscabe la libertad (artículo 5 párrafo 5°), así como la protección a los ciudadanos contra detenciones arbitrarias por la autoridad (artículo 14 párrafo 2°); el libre desarrollo de la personalidad para elegir profesión o trabajo (artículo 5° párrafo 1°); libertad ideológica para impartir cátedra (artículo 3, fracción VII), manifestar ideas (artículo 7) o profesar cualquier culto religioso (artículo 24); la dignidad humana deberá orientar a la educación (artículo 3, fracción II, inciso C) y será uno de los pilares de la rectoría del Estado en el desarrollo nacional (artículo 25).

Aunado a lo anterior, México ha suscrito y ratificado la Declaración Universal de Derechos Humanos, por la cual se obliga a proteger: la libertad del individuo (artículos 3 y 12); el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos (artículo 22 fracción I) y la libertad ideológica (artículo 24).

La Constitución de 1917 no estableció fórmulas sobre el Estado social y democrático de Derecho porque fue anterior al reconocimiento de esa forma de Estado en las Constituciones europeas, que la incluyeron hasta la segunda mitad del s. XX. No obstante, las reformas a la Constitución y los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país –los cuales son ley suprema de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución– nos pueden llevar a sostener que en México están vigentes los Derechos propios de un Estado

---

8 Sobre estos artículos y su discusión, *cfr.* DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*. Madrid. España. Ed. Universidad Complutense de Madrid y Ministerio de Justicia. 1995, especialmente Págs. 93-119.

social y democrático de Derecho, a saber: la libertad; el libre desarrollo de la personalidad; la libertad ideológica y, la dignidad humana. Si esto es así, entonces, podemos sostener la existencia de un Derecho a la libre disposición de la vida por su titular.

Por otra parte, el Código penal vigente en México data de 1931, mientras que el debate sobre la eutanasia activa directa cobra importancia a partir de los años sesenta con el avance de la tecnología y su aplicación en la medicina; ejemplos como el soporte ventilatorio a través de respiradores automáticos o las técnicas de resucitación cardiopulmonar y los métodos invasivos hemodinámicos, nos pueden ilustrar cómo es que en la actualidad se puede prolongar la vida de un enfermo terminal, pero ello no significa curar la enfermedad sino sólo retardar el momento de la muerte con sufrimientos, es decir, con dichos medios se consigue prolongar la agonía del paciente. Atento a lo anterior, se puede afirmar que el legislador penal de 1931 no emitió la norma penal contenida en el artículo 312 del Código penal vigente para prohibir y sancionar específicamente los casos de eutanasia activa directa ya que ello no formaba parte de la realidad de aquél entonces.

Profundizando en el tema, el 10 de enero de 1994 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una reforma al Código penal federal, la cual establece que el consentimiento del titular del bien jurídico afectado es una causa de exclusión del delito (artículo 15 fracción III del Código penal mexicano). En principio se podría decir que dicha reforma se refiere al consentimiento como causa de atipicidad, pero la fracción II del mismo artículo 15 se refiere a las causas de atipicidad en general, por lo cual, la reforma en estudio sólo tiene sentido si interpretamos al consentimiento como causa de justificación.<sup>9</sup> Lo anterior significa que cuando el titular de un bien jurídico pide a otro la lesión de dicho bien, entonces, la conducta de quien obedece o realiza la conducta solicitada está justificada, no es constitutiva de delito y, por tanto, no puede ser sancionado con pena privativa de libertad.

---

9 De resolver este problema me he ocupado anteriormente. *Cfr.* DÍAZ ARANDA, Enrique. "El consentimiento en el Derecho penal mexicano". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T. XLIX, Fasc. MCMXCVI. Madrid. Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado. Págs. 1005-1020. No obstante, la doctrina mexicana mayoritaria es contraria a este planteamiento, *cfr.* VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal mexicano (parte general)*. 3ª. Ed. México. Ed. Porrúa. 1975. Pág. 264; CARRANCA Y TRUJULLO, Raúl. *Derecho penal mexicano (parte general)*. 13ª ed. Ed. Porrúa. 1980 esp. Pág. 433; PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Programa de la parte general del Derecho penal*. México. Ed. UNAM. 1968. Esp. Págs. 503 y 505.

En resumen, como en 1931 no existían casos de enfermos terminales con prolongadas agonías, los cuales han aparecido hasta mediados del siglo XX como producto de los avances de la medicina y la tecnología, entonces el legislador penal de 1931 no pudo prever esos casos y por tanto al emitir el art. 312 del Código penal no pudo prohibir la eutanasia activa directa. Si el planteamiento anterior lo complementamos con la existencia de un Estado social y democrático de Derecho en México que se sustenta en la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad ideológica y la dignidad humana; entonces podemos sostener, también, la existencia de un Derecho fundamental a la disponibilidad de la propia vida. Así, quien priva de la vida al enfermo terminal que lo solicita, de manera seria y reiterada, no incurre en responsabilidad penal dado que dicho supuesto no está dentro del ámbito de protección de la norma jurídico penal y, por esa razón, dicha hipótesis de eutanasia queda fuera del radio de imputación al tipo objetivo (teoría de la imputación objetiva del resultado). La misma conclusión se puede aplicar a quien sólo auxilia al enfermo terminal para provocar su propia muerte.

## V. Resumiendo

El hombre es un fin en sí mismo; existe un Derecho fundamental a la libre disponibilidad de la vida por su titular; la prohibición penal de privar de la vida a quien lo solicita no fue emitida por el legislador para sancionar penalmente a quienes practican la eutanasia activa directa –porque no tuvo en cuenta esos supuestos en 1931– y, por último, el consentimiento serio, informado y reiterado del titular del bien jurídico afectado es una causa de exclusión del delito. En consecuencia, el médico que priva de la vida al paciente terminal que lo solicita no debe ser sancionado por la comisión del delito de homicidio consentido previsto en el artículo 312 del Código penal y tampoco incurre en el delito de auxilio al suicidio el médico que sólo ayuda al enfermo terminal proporcionándole los medios para que él mismo ponga fin a su vida.

Por supuesto que una propuesta como la anterior requiere de criterios bien definidos que eviten abusos. Al efecto, se debe partir de los requisitos señalados en la misma fracción III del artículo 15 exigiendo no sólo la capacidad jurídica del paciente, sino también que la manifestación de voluntad sea expresa, seria, reiterada y esté sustentada en la información recibida por el paciente en términos comprensibles sobre su diagnóstico y pronóstico. Claro está que dicho diagnóstico de enfermedad terminal deberá confirmarse por el comité ético del hospital o cuando menos por otro especialista.

Si los órganos judiciales emitieran una interpretación como la anterior y establecieran con claridad los requisitos necesarios para la práctica de la eutanasia activa directa, entonces los enfermos terminales podrían saber que sólo cuando ellos mismos soliciten voluntaria y expresamente su deseo de morir podrán evitar una agonía innecesaria, lo cual les daría la certeza jurídica de que no serán sometidos al encarnizamiento terapéutico. Por el otro lado, si el médico tuviera la seguridad jurídica de que ante una situación de enfermedad terminal puede provocar la muerte del paciente que lo solicita sin ser condenado por la comisión de un delito e ir a la cárcel, entonces, si sus principios éticos y profesionales se lo permiten, la práctica de la eutanasia activa directa sería conocida públicamente y habría órganos que vigilarían su aplicación con todas las garantías, enunciadas en este trabajo de investigación, tanto para el paciente como para el médico.

La eutanasia es un problema de nuestros días, de nuestro futuro cercano y no debemos ignorarlo, por el contrario debemos enfrentarlo y ofrecer soluciones a través de una interpretación de las normas jurídico penales acorde con el avance de la tecnología aplicada a la medicina, que proteja los derechos de los pacientes y dé certeza a los médicos y enfermeras sobre qué pueden hacer al tener frente a ellos a un ser humano cuyos días que le restan son de agonía, sufrimiento y pide su muerte. ❖

Derecho Procesal  
Penal

II



# Algunas reflexiones sobre policía y administración de justicia

Ernesto Pedraz Penalva

Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid, España

I. Acaso sea conveniente de antemano precisar que, a fin de atenerme con más fidelidad a lo realmente tratado, eludiré una más compleja y extensa exposición limitándome a esbozar determinados aspectos puntuales sobre el tema.

La genérica rúbrica que preside esta mesa redonda: “Policía y Administración de Justicia”, me consta que buscada a sabiendas para posibilitar un más amplio pero no por ello menos profundo debate, es susceptible a mi juicio de ser examinada desde muy diferentes perspectivas, de entre las que he optado por hacer puntual hincapié (y de modo esquemático) en dos de ellas: Policía como actividad administrativa necesitada de control jurisdiccional y Policía como actividad de precisa utilización por la Justicia.<sup>1 2</sup>

---

1 Prescindo pues, entre otros muchísimos aspectos, de un análisis histórico de la Policía en España. Sobre ello vid. BALLBE, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1983, con prólogo de E. García de Enterría. DOMÍNGUEZ BERRUETA/ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ/FERNANDO PABLO, “Reforma policial y Constitución: Algunas claves para su interpretación”, en RAP, 1986, pp. 373 y ss., CUBERT, J., “Los orígenes del aparato policial moderno en España”, en *Policía y sociedad democrática*, Compilación por J-M. Rico, Madrid, 1983, pp. 75 y s., etc.

2 Desde la genérica visión de los extremos señalados, estimo importante pese a todo resaltar la significada relevancia y gran trascendencia de otros temas como pueden ser el de la alternativa: centralización-descentralización (sobre ello no se olvide la opción adoptada en nuestra normativa frente a planteamientos como por ejemplo los británicos con la “Police and Criminal Evidence Act 1984”, que entró en vigor en enero de 1986) Vid. entre los diversos trabajos publicados sobre ella los aparecidos

Estimo que considerar estos dos aspectos no supone en modo alguno asumir una visión estática y aislada sino, por el contrario, suscitar el examen de extremos íntimamente unidos que se condicionan en su posibilidad y virtualidad.<sup>3</sup> Sólo una organización y actividad policiales ajustadas a las pautas normativas nucleares del Estado de Derecho son susceptibles, por ejemplo, de poder llegar a “auxiliar” (en expresión del art. 443 LOPJ) a Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal en la averiguación de delitos y descubrimiento y aseguramiento de delincuentes; no siendo así habría que cuestionar la bondad y verdad de la conducta, y aún configuración, observada por una policía incontrolada presta a servir y por ende a satisfacer intereses espúreos.<sup>4</sup>

¿Pero qué entendemos por actividad policial? Cabría sentar como premisa, y según se ha dicho por FLEINER, que la policía “es un sector determinado de la actividad de la Administración pública, a saber, la actividad de la autoridad en el terreno de la Administración interior, que conlleva en general imponer coactivamente a los derechos y libertades de la persona y a la propiedad del

---

en el British Journal of Criminology, Vol. 27, núm. 1 winter 1987, de REINER/SHAPLAND, BROGDEN, STYLES, LUSTGARTEN, LIDSTONE, FIELDING, CHATTERTON, BALDWIN, etc., como también los de The Criminal Law Review, september 1985, pp. 533-612 de LEIGH, BIRCH, GIBBONS, MIRFIELD, MUNRO, etc.); policía pública-policía privada (sobre ello vid. por todos RICO/SALAS, *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid, 1988, pp. 137 y ss.) etc.

- 3 Es de interés el planteamiento expuesto por SUSINI, J., “La recherche sur la police (fonction et finalités)”, en Rev. Sc. Crim, 1988, 4, oct-déc., pp. 850 y ss., a cuyo tenor habrían de abandonarse enfoques meramente funcionalistas partiendo de la naturaleza de realidad ‘existencial’ que ha de predicarse de la policía.
- 4 Tengo presente, según podrá verse a lo largo de estas reflexiones, que en la actualidad y desde nuestra realidad normativa se estiman como términos disímiles: policía judicial y policía en general. La primera, como ha puesto de manifiesto MORENO CATENA, V., “Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial”, en Rev. Poder Judicial, núm. esp. VIII (*Seguridad ciudadana*), “... es una policía para el enjuiciamiento penal, en el desempeño de funciones que se inscriben dentro del proceso penal, del ejercicio de la jurisdicción en este orden al objeto de castigar los hechos constitutivos de delito, bien por medio de actuaciones preliminares a la intervención judicial, bien a través de diligencias practicadas en el curso del proceso”, para QUE-RALT/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de policía judicial*, 2ª ed., Madrid, 1989, p. 23, “constituye una *función específica* dentro de la Policía científica, destinada a la investigación de los hechos punibles, la persecución y aseguramiento de los delincuentes, poniendo a disposición de la autoridad judicial y, eventualmente, del Ministerio Fiscal, los resultados de sus averiguaciones (arts. 126 CE, 282 LECrim, 32.1 LOFCS, 443 LOPJ, 1 DPJ)”.



ciudadano las restricciones requeridas para lograr el mantenimiento del Derecho, de la seguridad y del orden público".<sup>5</sup>

Tal vez convenga hacer un breve inciso para reiterar que, como se habrá observado, me vengo refiriendo a la policía como actividad administrativa (gubernativa)<sup>6</sup> pero, más concretamente, a ese conjunto de funciones, y a los organismos encargados de ellas, que integran en el sentido estricto del término, según se ha dicho, la policía de seguridad<sup>7</sup> –soslayo por tanto, amén de otros muchos aspectos, el estudio orgánico funcional–.

Se corre el riesgo de simplificar y, peor aún, de mistificar, si se reduce el ámbito policial al mero aspecto represor,<sup>8</sup> como en algún momento histórico próximo ha podido, en gran medida, y, aún lamentablemente, debido defenderse. La vigente LO.2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de seguridad define en su art. 11.1, con nitidez y exactitud, la misión de los mismos al identificarla con la protección del libre ejercicio de los Derechos y libertades y garantía de la seguridad ciudadana. A este tenor les incumben tareas preventivas tanto de actos lesivos del orden jurídico vigente como del social, económico, ecológico, etc., misiones de represión de delitos como de auxilio y tutela a personas

---

5 FLEINER, F., *Instituciones de Derecho administrativo*, Barcelona, 1933, pp.312-3. Para algunos como RICO, M., "Presupuestos para una reforma de la policía", en *Policía y sociedad democrática*, op., cit., p.11, "La policía, tradicionalmente encargada de la aplicación de las leyes y del mantenimiento del orden público, es el organismo del Estado que se encuentra constantemente en contacto directo, no solamente con el crimen y con los delincuentes, sino también con el público en general".

6 Soy consciente de que desde un punto de vista técnico-jurídico se indiferencian, en la actualidad, Gobierno y Administración (así SANTAMARÍA PASTOR, J-A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, 1988, p. 238). Como es sabido, la distinción entre Gobierno y Administración es debida a STEIN, L. von, *Die Verwaltungslehre*, 1869, 2 Aufl. , pp. 132 y ss., consúltense acerca de ello, MERKL, A., *Teoría general del Derecho administrativo*, 1980, esp. pp. 63 y ss., BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, 1978. BOQUERA OLIVER, J-M., "Los orígenes de la distinción entre la actividad política y administrativa", en RAP, 1963, 40, del mismo, en su *Derecho administrativo*, 6ª, ed., 1986, pp. 38 y ss.,

7 QUERALT, J-J. *El policía y la ley*, Barcelona, 1986, p.37. Frente a esta policía de seguridad habla este autor, en la p. 36, de policía administrativa o policías especiales, entre cuyas funciones son destacables: inspecciones sanitarias, higiénicas o urbanísticas, regulación de cementerios y traslado de cadáveres, vigilancia de la salubridad en los alimentos en los mercados o lonjas, etc.

8 Y el propio FLEINER, en la op., cit. pp. 311-2, alude a una misión preventiva de los peligros que pudieren perturbar la convivencia ordenada de los hombres.

y cosas en peligro, sin olvidar otras, de naturaleza inmediata diversa, como pueden ser las funciones de documentación y policía administrativa<sup>9</sup> (careciendo estas últimas de interés directo para el procesalista). Naturalmente está implícito que en la mayoría de las ocasiones el ejercicio de este entramado connota actuación coactiva.

II. Afirmé con anterioridad que, toda la actividad policial, ha de ser necesariamente susceptible de intervención judicial y, particularmente, la desenvuelta por las unidades integrantes de la policía judicial.<sup>10</sup> No está reñido esto, en modo alguno, con la discrecionalidad de que ha de ser dotada.<sup>11</sup> No empecé pues dicha controlabilidad al reconocimiento de una potestad discrecional, necesaria a ésta, como a otras ramas de la Administración, sino que contrariamente la confirma.<sup>12 13</sup>

---

9 Así, RICO/SALAS, *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid, 1988, pp. 81 y ss, afirman que en la actualidad desempeña las siguientes funciones: “prevenir y reprimir las conductas que, según la opinión general, atentan contra la vida y la propiedad en forma grave; aplicar las leyes y reglamentos vigentes; prestar socorro a las personas que han sido o que pueden ser víctimas de delitos de violencia o de accidente grave; proteger las garantías constitucionales; facilitar la circulación de personas y vehículos; ayudar a las personas que no pueden cuidarse por sí mismas (alcohólicos y toxicómanos, deficientes mentales, incapacitados, jóvenes, personas de edad, etc.); resolver conflictos entre individuos y grupos de individuos; precisar los problemas relacionados con los particulares, la Policía o el Gobierno que pueden agravarse; crear y mantener un clima de confianza en la comunidad; cumplir cierto número de actividades sociales relacionadas con dicha sociedad; garantizar los servicios fundamentales en casos de urgencia; cooperar con los organismos especializados en la resocialización de los delincuentes; ejecutar diversas decisiones judiciales o administrativas para lo que se necesita el uso de la fuerza; obtener informaciones diversas, en especial las relacionadas con la criminalidad y el orden público”.

10 Esta necesidad, proclamada por la generalidad de la literatura, ha sido destacada, hace poco, muy pragmáticamente, entre otros, por LE BORGNE, G, “Le contrôle des actes des agents de la police judiciaire”, en *Rev. Sc. Crim.*, 1987, abril-jun., pp. 407 y ss.

11 Así, EISENMANN, Ch., *Cours de Droit administratif*, II, París, 1983, pp. 299 y ss.

12 Como es sabido se ha afirmado que el poder discrecional forma parte de la esencia de la Administración, hasta el punto incluso de llegar a integrar la discrecionalidad, una propiedad, una prerrogativa esencial a la Administración, distinguiéndola en concreto de la jurisdicción (así críticamente EISENMANN, Ch. *Cours de Droit administratif*, II, op., cit., pp. 289 y ss, llegando a afirmar en la p. 314: “Esta tesis, que restringe el poder discrecional únicamente a la Administración, es totalmente errónea e insostenible. Lo cierto es que el fenómeno del poder discrecional es un fenómeno absolutamente general; se encuentra en toda clase de actos jurídicos, en todas las ramas del derecho, para todos los agentes y en todos los dominios...”. En la p. 315 sigue diciendo: “...Esta opinión está incluso en el hecho de que hayamos elegido muchos

Según es conocido se habla de discrecionalidad, junto a vocablos como margen de apreciación<sup>14</sup> o concepto jurídico indeterminado,<sup>15</sup> como instrumentos que si bien han sido elaborados con referencia a la Administración y a su control judicial, cumplen una finalidad básica: proteger a la Administración frente a indiscriminadas intromisiones de la Jurisdicción, a fin de asegurarle la requerida movilidad en su tarea de ejecutar las leyes.<sup>16</sup>

---

ejemplos para el análisis del poder discrecional en la jurisdicción y no en la administración...” —entre las hipótesis acogidas destacan: en caso de silencio de ley, teniendo pese a todo que pronunciarse el juez; en los supuestos en que la propia ley le permite optar entre varias soluciones; ante una indeterminación de las nociones empleadas normativamente, del sentido a dar a las palabras, etc. No se olvide asimismo que, según recoge el propio EINSENMANN en la p. 291, es en un texto procesal, en el art. 268 del “code d’instruction criminelle”, donde referido a una autoridad judicial, no administrativa, es determinado por primera vez lo que ha de entenderse por poder discrecional. Con explícita referencia a las “Generalklauseln”, ya fue también destacado por BETTERMANN, K-A., “Verwaltungsakt und Richterspruch”, en *Jellinek-Gedächtnisschrift*, 1955, pp. 366 y ss. Importa destacar que, pese a todo aún en determinados sectores jurídicos y por algunos de sus cultivadores, se sigue defendiendo en nuestro país tal afirmación.

- 13 Cfr. RICO, M. “El poder discrecional de la policía y su control”, en *Policía y sociedad democrática*, cit., pp. 211 y ss.
- 14 Sin perjuicio de lo que más extensamente recojo en cita posterior, podría decirse que cabe aludir a la existencia de margen de apreciación cuando, según el dictado de la ley, se permite al operador jurídico un ámbito estimativo en la elección de valores y conceptos experimentales.
- 15 Como ejemplo de concepto jurídico indeterminado tenemos la diligencia de un buen padre de familia.
- 16 Aunque brevemente, quizás conviniere acometer un pequeño examen acerca de lo que en la doctrina alemana se entiende por “discrecionalidad”, “concepto jurídico indeterminado” y por “margen de apreciación”, bibliografía que de modo particular ha llevado a cabo intentos diferenciadores de estos instrumentos dogmáticos. Ha de señalarse que, primordialmente, han sido elaborados con referencia a la Administración y a su control judicial pero, en gran medida y dentro de los precisos matices, son trasplantables a los órganos jurisdiccionales en su función concretizadora del derecho, de decir derecho, en el caso concreto.

Estos instrumentos cumplen una finalidad básica cual es la de proteger a la Administración frente a un indiscriminado control judicial, a fin de asegurar que tendrá la necesaria movilidad en su tarea como poder ejecutor de las leyes.

La discrecionalidad es predicable asimismo de la Administración estando centrada en el momento de la consecuencia jurídica de una norma pudiendo entenderse como libertad de opción en la selección de sus actividades (OSSENBUEHL, F., “Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung”, en *DöV*, 1972, pp. 401-2) (FORSTHOFF, E., *Traité de...*, cit., p. 152, considera que hay poder discrecional cuando existe la posibilidad de elegir los medios que aseguren la realización de un valor).

La discrecionalidad de la Administración ya no es contemplada como “...una laguna legal preocupante en un Estado de derecho...”, dejando de ser misión

---

Los conceptos jurídicos indeterminados tienen su campo de juego en el “Tatbestand”, caracterizados tradicionalmente por no estar perfilados con claridad en su contenido (WEIGEL, H., “Beurteilungsspielraum oder Delegationsbegriff?”, en *Europäische Hochschulschriften*, 1971, p. 20) aunque sí son determinables en el supuesto concreto en que han sido objeto de aplicación y, por ende, susceptibles de control judicial.

Discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado se contraponen entre sí. Puede hablarse, para HESSE, K., (“Beurteilungsspielraum als Grenze verwaltungsgerichtlicher Überprüfung und Entscheidung”, Ref. Nr. 7 al “Staatsrechtliches Seminar WS 1973/74, p.I) de conceptos jurídicos indeterminados con margen de apreciación (conceptos descriptivos).

Puede decirse que en general, en la literatura y en la jurisprudencia alemanas, se habla de margen de apreciación, cuando según el dictado de la ley, se permite al operador jurídico un ámbito estimativo para la elección de valores y conceptos experimentales (BACHOF, O., “Beurteilungsspielraum”, en *JZ*, 1955, pp. 97 y ss.). El margen de apreciación es un instituto que no debe ser judicialmente controlable en cuanto campo de actividad específico, referido a la Administración, en el que ella, debido a su experiencia y a su cercanía objetiva, ha de llegar a decisiones no fungibles y, por tanto, personalísimas.

Tratándose de un concepto jurídico indeterminado con margen de apreciación, toda valoración fungible debe ser válida (WEIGEL, op. cit., p. 15). Contrariamente en un concepto jurídico indeterminado sin margen de apreciación, en el que sólo existe una solución correcta, el operador jurídico carece de discrecionalidad (WEIGEL, cit., p. 21).

Naturalmente el problema básico no radica en un intento conceptualizador más o menos riguroso –teórico, pues– sino en determinar cuándo se reconoce al operador jurídico una libertad de acción y decisión no judicialmente controlables y cuándo el juez debe poder controlar jurídicamente de un modo completo la praxis administrativa. En último término, por tanto, se trata de la cuestión relativa al ámbito y medida del control judicial del sometimiento normativo de la Administración (art. 20.3 Constitución alemana: GG) y de la protección jurídica individual (art. 9.4 GG), punto este que para su adecuada concreción requeriría un completo examen jurisprudencial.

La doctrina se ha pronunciado variadamente sobre el problema del margen de apreciación. Así RUPP (“Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit”, en *NJW*, 1969, p. 1273) lo estima lesivo para el Estado de Derecho –en cuanto que toda actividad administrativa debe ser judicialmente controlada (lo que supone contar con una imagen determinada del juez: independiente, objetivo, etc. Así OSSENBUEHL, cit., pp. 84-85)– siendo además desde el punto de vista dogmático de imposible delimitación respecto de los conceptos jurídicos indeterminados (RUPP, op. cit., p. 1275).

ULE (ULE, K-H, “Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht”, en *Forschung und Berichte aus dem Oeffentl. Recht*, Band 6, 1955, pp. 309 y ss.) desarrolla la denominada teoría de la “reemplazabilidad” (“Vertretbarkeitslehre”) según la cual, y en los casos límite en los que pueda cuestionarse la valoración del contenido objetivo respecto a una subsunción en un concepto normativo, el Tribunal

de los Tribunales “contencioso”-administrativos su eliminación en lo posible por cuanto, según la nueva jurisprudencia del BVerfG (con su teoría denomi-

---

únicamente ha de controlar si la decisión es fungible porque, en tal medida, toda decisión sustituible vale conforme a derecho. Es decir, si puede llegarse a diferentes resultados en la estimación de un determinado contenido –en base a la existencia de diversos y equivalentes informes periciales– cada una de las estimaciones están dentro del concepto jurídico indeterminado y son jurídicamente conformes. Por consiguiente al órgano jurisdiccional no se le puede permitir en esos casos límites para cambiar la valoración del órgano administrativo por la suya propia.

REDEKER (REDEKER, K., “Fragen der Kontrolldichte verwaltungs gerichtlicher Rechtsprechung”, en DöV, 1971, pp. 369 y ss.) vincula margen de apreciación con la correspondiente regulación legal en el ámbito del concepto jurídico indeterminado. Así hay conceptos jurídicos indeterminados que carecen de contenido normativo jurídico aunque exijan a los juristas determinadas decisiones valorativas en un ámbito por tanto que les es extraño. Serían aquellos casos en los que el legislador ha previsto, por la intrínseca dificultad de los presupuestos fácticos, la intervención de peritos (especialmente preparados) sin vinculación a directriz alguna, lo que para REDEKER (op. cit., pp. 760 y ss.) es expresivo de que en tales supuestos se señalan estrictos límites al control judicial. Ha de ceñirse el juez a determinar si la decisión administrativa es reemplazable. Pudiendo llegarse a otras soluciones, incluso para el Tribunal más correctas, la de la Administración es mantenible en cuanto entraría dentro de la amplia serie de posibilidades de decisión.

EHMKE (EHMKE, H., *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrechts*, 1960), al igual que RUPP niega que exista diferencia entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado (EHMKE, cit., p. 29) destacando que es un problema único relativo a la libertad de acción administrativa. Estima que la libertad de acción administrativa, discrecionalidad, caracteriza de modo total a la Administración y no sólo en el momento de aplicación jurídica. Discrecionalidad no supone ausencia de vinculación sino mucho más: conformidad con la intelección vigente constitucional de toda actividad administrativa (formación de los “ámbitos de vida” según la normativa legalmente establecida) siempre vinculada a determinados principios fundamentales, como p. Ej., el del Estado de Derecho, de igualdad, de proporcionalidad (habla concretamente de “Übermassverboten”; aunque este término supone “prohibición del exceso”, del abuso, suele utilizarse como equivalente al de “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”: Principio de proporcionalidad), etc. (EHMKE, cit., p. 45). El ámbito de control jurídico-administrativo está en función de la tarea que compete a la Administración, de un lado, y, de otro, de la jurisdicción contencioso-administrativa (EHMKE, cit., p. 43). La misión de los órganos jurisdiccionales administrativos se circunscribe a un control jurídico de la Administración en cuanto que básicamente la actividad administrativa trata de una acción y una conformación que sólo es aplicación jurídica en casos límites, por ello el Tribunal administrativo, dice EHMKE, no ha de sustituir a la Administración decidiendo de nuevo el “contenido de vida” por ella acordado, debiendo de circunscribirse a controlarla respecto a las directrices, baremos y orientaciones a las que está vinculada (EHMKE, cit., p. 46). El objetivo jurisdiccional no es un máximo sino un óptimo en el control que lleva a cabo del interés de protección jurídica del ciudadano respecto al interés general a una Administración eficaz (EHMKE, cit., p. 47). La libertad de actuación administrativa y el interés de protección del ciudadano estarían, para este autor,

nada de “la esencialidad”), “...adquiere nuevamente un papel activo en el Derecho Constitucional estatal convirtiéndose en instrumento esencial de una

---

tutelados de igual modo si el procedimiento administrativo se adecuara al “due-process” (EHMKE, cit., p. 51).

KELLNER (KELLNER, H., “Neue Erkenntnisse zum sogennaten Beurteilungsspielraum?”, en op., cit., pp. 801 y ss.) acentúa de modo expreso el carácter excepcional del margen de apreciación al que ubica en el momento interpretativo de la norma a aplicar (cit., p. 803). De este modo reconoce ámbitos jurídicos y situaciones en las que sería impracticable u objetivamente lesivo un control judicial total de los presupuestos fácticos fijados en las decisiones de la autoridad, ínsitos en los conceptos jurídicos indeterminados.

Para concluir esta nota, ya excesivamente extensa, podemos tener en cuenta con HESSE, K., (Koref.7 Protokoll der Seminarsitzung de 13.12.73. Exkurs: “Beurteilungsspielraum’ als Grenze verwaltungsgerichtlicher Überprüfung und Entscheidung”. Staatsrechtliches Seminar. WS 1973/74) la posible reducción de la problemática a las siguientes perspectivas:

- a) ¿Se trata de un problema de la naturaleza de los conceptos como se ha venido suscitando en algunos sectores de la bibliografía y jurisprudencia? Desde este punto de vista se acude a lo siguiente: el concepto no completamente definido para la decisión o bien se comprende en la categoría del “Tatbestand” (como concepto jurídico indeterminado, lo que conlleva un control judicial total) o bien se refiere al aspecto de las consecuencias jurídicas de la norma (considerándolo como concepto discrecional, de lo que deriva la existencia de un margen de apreciación, del operador jurídico, no controlable). En contra de esta posición EHMKE, cit., p. 28, RUPP, cit., pp. 1273-5, etc.

En verdad ha de reconocerse que tan nítida diferenciación, teórica, no se corresponde totalmente con lo que sucede en la práctica en la que con cierta frecuencia, aún hablándose de conceptos jurídicos indeterminados, se reconoce a la autoridad un margen de apreciación para eludir las consecuencias de un control judicial limitado (Así en BVerfG. 26, 65 y ss. y 70).

- b) Otra posibilidad sería la de plantear en qué medida son determinables los límites del control y si únicamente existe una solución correcta posible o bien varias equiparables.

Esta visión no es tampoco plenamente satisfactoria. Es ficticio pensar que sólo puede haber una decisión correcta, en cuanto jurídicamente conforme, y que ha de encontrarse. En un plano jurídico estricto (indudablemente teórico) podría pensarse en que dados unos mismos presupuestos éstos han de producir un mismo efecto en sus consecuencias jurídicas. Tratándose de un “Tatbestand” con conceptos indeterminados esto es rechazable (Vid. OSSENBUEHL, “Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff”, en DöV, 1970, pp. 84 y ss., esp. p. 85). Constituye un contrasentido mantener que el juez únicamente ha de realizar lo que la ley prescribe cuando, precisamente, ello no está claro o, dicho de otro modo, no viene claramente determinado en la norma. El legislador atribuye una concreta actividad, por ejemplo a la Administración, suministrándole de modo exclusivo líneas directrices. De aquí la falacia de exigir una sola solución cuando no es factible concretar sobre qué puede fundarse.

garantía flexible y dinámica de los derechos e intereses tanto de los ciudadanos como de la comunidad estatal en su conjunto".<sup>17</sup> En un primer momento de esta evolución, la discrecionalidad aparece centrada en el momento de la

- c) Cabe proponer que se lleve a cabo una investigación sobre el fundamento en el que se ha apoyado el legislador para la normación de tales conceptos jurídicos indeterminados y conceptos discrecionales.

Con relación a los primeros parece claro que el legislador no puede siempre fijar todo supuesto normativo detalladamente porque no es previsible en particular el desarrollo futuro. Asimismo las circunstancias concretas concurrentes en el caso determinado son decisivas y no es factible prefijarlas en su totalidad.

Respecto a los conceptos discrecionales sería la "Sacheferne" ("extrañeza objetiva") la que permite al legislador utilizar tales conceptos (BACHOF, cit., p. 645, en contra REDEKER, K., "Sozialstaatliche Gestaltung und rechtsstaatliche Bindung", en DVB1, 1971, pp. 608-9).

Conectado con lo dicho sobre si existe en el caso concreto una única solución jurídicamente correcta o son posibles varias, ha de atenderse a quién ha de decidir cual es la solución correcta. A esto se opone ante todo el que con ello no se aclara nada al ponerse en lugar de las indeterminaciones el concepto correcto.

Para encontrar el fundamento de los conceptos "latos" habría que hacer abstracción de los Tribunales. El legislador se sirve de tales conceptos precisamente porque en su función legislativa no desea decidir definitivamente (y "a priori", pues) determinadas cuestiones. Esto se evidencia en la estructura del mecanismo de decisión, en su ensamblaje, etc. El se permite abandonar la decisión a otro poder: a la Administración. Se trataría, por tanto, básicamente de una cuestión de división de funciones entre Legislación y Administración.

- d) Es comprensible que el legislador no pueda regular ni prever, pues, todos los posibles casos particulares. No es factible pretender acoger todos los imaginables supuestos que han de poder regularse más tarde adecuadamente. El legislador ha de posibilitar a la Administración la tarea de decidir con la vinculación a baremos más o menos incompletos, suministrándole puntos de referencia, líneas directrices y objetivos que ha de considerar en su decisión. A diferencia de otros ámbitos (penal y civil, por ejemplo), en el administrativo frecuentemente ha de programarse (Vid. REDEKER, cit, en DVB1, 71, pp. 369 y ss. y esp. p. 372) no pudiendo preestablecerse toda particularidad. La Administración solamente está vinculada a un marco.

Sería pues factible afirmar que la diferencia entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionales no es tan nítida como pudiese pensarse. Factible sería afirmar que se trata de una cuestión de flexibilidad (de abertura) de la normativa. Al utilizar el legislador los conceptos latos más que prefijar una decisión atribuye la tarea de decidir a otro poder señalando únicamente las líneas directrices para su cumplimiento, a observar a la hora de buscar decisiones.

17 BULLINGER, M., "La discrecionalidad de la Administración pública", en Rev. Jca La Ley, 1987, núm. 1831, 30.10, p.5.

consecuencia jurídica de una norma, pudiendo entenderse como libertad de opción a la hora de seleccionar sus actividades o, dicho de otra manera, al elegir las soluciones (todas igualmente justas, o, si se prefiere, jurídicamente indiferentes).<sup>18</sup> En buena lógica, tal libertad es factible siempre que no concurre contrario interés público. Pero, según ha sido señalado por BULLINGER, no es posible limitar la discrecionalidad al campo de las consecuencias jurídicas, siendo factible, también en los supuestos de hecho de una norma, “que, conforme a su sentido, el legislador otorgue discrecionalidad para que la decisión directriz legal sea concretada por un programa administrativo y realizada en cada caso mediante dicha concreción”.<sup>19</sup>

Lo expuesto no obsta a la afirmación de que en ninguna hipótesis puede entenderse que existen potestades totalmente discrecionales, por cuanto:

- en primer lugar, y como destaca EINSENMANN,<sup>20</sup> la discrecionalidad absoluta es la soberanía y la Administración no es soberana.<sup>21</sup> La Administración está pues investida de poderes parcialmente discrecionales resultando habilitada para ejercitarlos bajo ciertas relaciones y en una cierta medida,<sup>22</sup> amén de que siempre son reglados la existencia de la potestad, el procedimiento, la competencia y el fin. Para GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ “la discrecionalidad, frente a lo que pretendía la antigua doctrina, no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada...por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una

---

18 Así distinguen GARCÍA DE ENTERRIA/Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1988, p. 434, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados. Sobre al menos la discutibilidad de tal diferenciación vid. cita 16 y op., cit. de BULLINGER, M., “La discrecionalidad de...”.

19 BULLINGER, M., op., cit, p. 7

20 EINSENMANN, Ch., op., cit. II. p. 313

21 Tal vez no sea totalmente innecesario resaltar que la soberanía reside en el pueblo y, en ningún caso, en Administración, Parlamento, ni Jurisdicción.

22 Incluso cuando se habla de ciertos supuestos en los que goza de discrecionalidad absoluta, p. ej. prohibición de una reunión, en el sentido de que aprobarla o no depende totalmente de la Administración, se está olvidando el fondo de la discrecionalidad, es decir que si el poder de tomar una decisión es totalmente discrecional, tal poder le viene legalmente atribuido.



apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo”.<sup>23</sup>

- en segundo lugar, unido a lo anterior, dado que el ejercicio de la potestad policial ha de someterse a límites determinados derivados de su propia esencia:
  - a) debe estar legalmente prevista,
  - b) ha de perseguir fines “legítimos”,
  - c) adoptar las medidas “necesarias” para la conservación y logro de los mismos y,
  - d) de tal modo que la restricción de las libertades y derechos fundamentales y demás reconocidos en las leyes no exceda de la medida absolutamente precisa.

Permítame que antes de analizar mínimamente esos límites vuelva a destacar la exigida controlabilidad de la actividad de policía por los jueces, especialmente significativa por cuanto aquélla actúa, y debe actuar, como protectora de la libertad.<sup>24</sup> Justificaciones como “situación de necesidad” y “razón de Estado” —entre otras— han de ser cuidadosamente examinadas. Sólo en contadas ocasiones podría hablarse de situación de estado de necesidad, hipótesis en las que además no sería de recibo poder llegar a estimar que se verifica la conversión en un poder excepcional, extralegal ni descontrolado, sino que por el contrario ha de mantenerse su apreciación como un poder administrativo perfectamente ordinario y regular, legalizado, regulado y judicialmente controlable<sup>25</sup> (las vías judiciales de control por excelencia serían: la mal llamada con-

---

23 GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, op., cit., pp. 430-431

24 Sin perjuicio naturalmente de que se le reconozca un espacio de decisión propio para acometer flexiblemente y de la manera más efectiva posible, una finalidad legal “estratégica” adaptándose a las cambiantes circunstancias reales del caso concreto. De este modo alude BULLINGER, op., cit., p. 6,a la “discrecionalidad táctica”. Este autor afirma que el control judicial debe centrarse “no en la reconstrucción del acto concreto en base a la ley desde la distancia material y temporal del juicio”, sino “en la simple comprobación de si la decisión discrecional táctica supone una concreción plausible de la decisión directriz legal...”

25 En la “Police and Criminal Evidence Act” británica de 1984 se han visto ampliados notablemente los poderes de la policía para investigar a cualquier persona o vehículo que, encontrándose en lugares públicos, produzcan en los agentes “reasonable grounds for suspecting” (su significado aparece ampliado en el “Code of Practice for

tencioso-administrativa,<sup>26</sup> la penal, y la constitucional).<sup>27</sup> Conviene también hacer hincapié, de este modo, en que la “razón de estado” no debe ser bastante

---

the Excuse by Police Officers of Statutory Powers of Stop and Search”, Decreto del Home Secretary a tenor de lo previsto en el art. 66 PCEA que fue aprobado parlamentariamente) que encontrará en ellos objetos robados o prohibidos (PCEA, 1-7), pudiendo usar si fuere menester una coacción razonable (PCEA, 117). Ha de aclararse que como protección frente a los posibles abusos policiales, la ley y “codes of practice”: fijan rigurosas condiciones –definiendo lo que ha de entenderse por objeto robado o prohibido y especificando que si el agente no está de uniforme debe identificarse como tal, informando a la persona detenida de su nombre, comisaría, fin de la investigación, motivos justificativos de la misma, etc. (PCEA, 2)–; también prescribe que deberá el agente de la autoridad presentar el pertinente informe suministrándose una copia a la persona investigada si lo solicita (PCEA, 3); etc.

Con relación a las condiciones exigibles para justificar singulares actuaciones, es importante destacar que este “Act” de 1984, art. 55, permite incluso la investigación íntima (de todos los orificios corporales) de las personas detenidas, cuando existan motivos razonables para sospechar la tenencia de drogas o de objetos que puedan representar un peligro para ellas mismas u otras, pero exige autorización de un oficial superior (con la categoría al menos de “Superintendent”) que personalmente haya evaluado la situación y que considere que concurren motivos razonables. El examen habrá de practicarse por una persona del mismo sexo o bien por un médico o ayudante técnico sanitario, redactándose un detallado informe de la investigación y de sus motivos.

Debo advertir que el hecho de que haya transcrito tal sistema de “controlar” determinadas actuaciones policiales en Inglaterra y País de Gales, no debe hacer creer que estime ni justificados tales poderes ni tampoco que califique como suficiente tal sistema de control. Por ej. respecto de las investigaciones corporales, en mi opinión, amén de que sean llevadas a cabo por personal especializado (médico), han de ser acordadas judicialmente salvo que concurren motivos gravísimos y urgentes, a comprobar por la autoridad judicial en el plazo más breve posible, para temer que un retraso podría tener consecuencias irreversibles. En todo caso, de la negativa a someterse al reconocimiento no debe extraerse consecuencia jurídica alguna por cuanto en caso contrario se lesionaría el derecho a la no auto incriminación (o a no declarar contra sí mismo, art. 24.2 CE y también en art. 14.3.g) PIDCP de Nueva York de 1966). No estoy pues de acuerdo con las tan criticadas y criticables normas de actuación de la Policía judicial emanadas de la Fiscalía general del Estado (Fiscal especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas) de 23.9.1988 y de 14.11.1988.

- 26 Hay que rechazar con todo radicalismo (yendo pues a las raíces), el empleo –a veces bastardamente interesado– del viejo, trasnochado y equívoco calificativo de “contencioso”, que se sigue usando para el proceso administrativo. Tuvo sentido, acaso, históricamente, como saben muy bien los que pese a todo siguen utilizándolo, con la “justicia retenida”, pero ha perdido todo su significado siendo totalmente redundante, dado que –y esquemáticamente expuesto– por definición el proceso presupone la existencia de un conflicto o litigio y, simultáneamente, no puede hablarse de proceso más que como instrumento exclusiva y excluyentemente utilizado

tampoco para que, situándose al margen de la ley, se acometan, o se prescindan de llevar a cabo, determinadas actuaciones. Tales actitudes no sólo conculcan la Constitución material, siendo inconsecuentes con el carácter constitutivo de la norma positiva por antonomasia que es la Ley Fundamental, sino que, además, con ellas resulta profundamente herido el Estado de derecho al lesionarse la autoridad de los órganos jurisdiccionales basada en la especialización y exclusividad de su función jurisdiccional (de manera inmediata y primordial centrada en la tutela de los derechos y libertades fundamentales). Parece indiscutible que la Primera Ley no es una norma abstracta y que se determina a través de la consecución de su objetivo y de los principios que delimitan orgánicamente su función. Una cosa es un conocimiento tópico en el que pueden apreciarse otros elementos objetivos para la actualización y mejor interpretación y otra es la opción de aplicar en mayor o menor grado la legislación e incluso la dicotomía de observar o inobservar una determinada prescripción. La única razón de estado es la realización de la Primera Norma.<sup>28 29</sup>

---

para el desarrollo de la función jurisdiccional con vistas a satisfacer el derecho jurídico-fundamental a la tutela judicial efectiva.

- 27 Refiriéndose a lo que denominan “coacción administrativa” (GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., I, 4ª ed., pp. 720-1), afirman que es una manifestación jurídica de la Administración y por ello resulta sometida a la misma regla de la legalidad que las restantes manifestaciones de la misma... La coacción administrativa es, pues, el producto de una competencia legal, más o menos extensa pero limitada, y no un principio formal y absoluto de actuación del sujeto administrativo... Y esas competencias legales limitan el uso legítimo de la coacción de la Administración a esos dos ámbitos...: ejecución forzosa de actos administrativos incumplidos y reacción inmediata frente a determinadas situaciones apremiantes contrarias al orden general...” El propio art. 103.1 CE, según el cual la Administración pública ha de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho “obviamente alude a la necesidad de una conformidad total a las normas –y a los principios que las sostienen– y no a una mera libertad básica de acción con el sólo límite externo de las mismas” (GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, op., cit., I, p. 417). Esta es asimismo la línea jurisprudencial más progresiva y, afortunadamente, generalizada, como puede verse, entre otras, en STS. 4ª de 19.5.1987 (R.5815) y de 30.4.1988 (R.3294).
- 28 Podría decirse que la Constitución ha perdido todo su carácter corporativo basándose el Estado moderno en la prosecución de unos bienes comunes en tanto integrantes de los bienes jurídicos individuales. La opción de aplicar o no una determinada norma tan sólo puede suscitarse con atinencia al instrumento orgánico formal de protección pero no al objetivo. Es decir, puede referirse al modo o camino (alternativa) para la protección, pero no debe implicar renuncia a la persecución de una determinada conducta. Únicamente con referencia al modo o camino cabría acudir al criterio de oportunidad. Si no se tuviere esto en cuenta quizás cabría suscitar si con ello no se perdería el objetivo constitucional y además el concepto de protección y

- Hablé antes de que la atribución policial que permita una determinada intromisión ha de estar legalmente prevista: La expresión “Legalmente prevista” implica que la policía debe actuar dentro de la potestad habilitante, teniendo que estar su actuación contemplada por la ley y, en esa línea, formulada con precisión para permitir al ciudadano adecuar su conducta y prever, aún con el necesario asesoramiento, las consecuencias de un acto determinado (es decir: accesibilidad y previsibilidad).<sup>30</sup>
- También dije que la medida policial ha de perseguir fines legítimos. Por legitimidad ha de entenderse —a diferencia de lo que significaba liberalmente—<sup>31</sup> que estén al servicio de objetivos constitucionalmente previstos (aludiendo, lógicamente, al hablar de Constitución también a los Convenios o Tratados internacionales suscritos por España: arts. 93 y 96.1 en relación con 10.2 CE). En verdad, podría matizarse este extremo sosteniendo que la actividad policial ni puede ni debe afectar a unos Derechos individuales que, en todo caso, no han de verse menoscabados ni por acción ni por omisión, como con claridad imponen a todas las autoridades y poderes públicos los arts. 9 y 53 de nuestra Carta Magna.
- Que sea la actividad o medida policial necesaria para la consecución o conservación de tales fines. Es añadible el calificativo reiteradamente utilizado por el TEDH de “necesaria en una sociedad democrática”<sup>32 33</sup> que,

---

lesión y, por ende, (situándome en la esfera punitiva) de delito y en consecuencia pena en el ordenamiento jurídico.

- 29 Sobre el objetivo constitucional vid. mi trabajo “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del proceso penal* (II. Congreso de Derecho procesal de Castilla y León, Zamora 5-7 abril 1989), Madrid, 1990.
- 30 De esta manera, el TEDH, en su Sentencia de 26.4.1979 (Caso “The Sunday Times”), declaró que la expresión “prescribed by law” o “prévues par la loi” (y, la versión inglesa, en los protocolos: “in accordance with the law”, “provided for by law” y “in accordance with law”) alude, en primer lugar, a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano ha de disponer de patrones suficientes que se adecúen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso; en segundo lugar, a que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; de be poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las repercusiones de un acto determinado. Estas consecuencias no es menester que sean conocidas con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance.
- 31 Vid. por todos, SCHMITT, C. *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971, passim.
- 32 Entre otras muchas, en las Sentencias de 13.8.1981 (Caso Young, James y Webster), S.22.10.1981 (Caso Dudgeon), S.23.3.1983 (Caso Silver, Noe, Colne y

desde el punto de vista interno, podría reconducirse a la cláusula democrática del art. 1 CE con las derivaciones<sup>34</sup> siguientes: naturaleza vicarial de la Administración (carece de legitimación propia y por tanto de libertad de actuación, radicando su funcionalidad en estar al servicio de las instituciones representativas), pluralismo político con sus consecuencias: descentralización, desconcentración y participación,<sup>35</sup> principios funcionales como objetividad, imparcialidad, publicidad, etc.

---

otros), S.25.3.1985 (Caso Barthold), S.8.7.1986 (caso Lingens), S.24.11.1986 (Caso Gillow), S.24.3.1988 (Caso Olsson), S.24.5.1988 (Caso Müller y otros), S.21.6.1988 (Caso Berrehab), S.26.10.1988 (Caso Norris), S.22.2.1989 (Caso Barford), S.30.3.1989 (Caso Chapell), S. 20.11.1989 (Caso Markt intern Verlag GmbH y Klaus Beermann), etc.

- 33 Por “necesaria en una sociedad democrática” el TEDH en las sentencias citadas, entiende lo siguiente: en primer lugar, ha de partirse lógicamente de que se ha producido una intromisión de una autoridad pública en el ámbito jurídico-individual que es objeto de protección por el CEDH; en segundo lugar, y recogiendo el esquema de la STEDH cit. de 25.3.1983, ha de subdistinguirse: a) que el adjetivo “necesaria” no es sinónimo de “indispensable”; tampoco tiene la flexibilidad de términos como “admisible”, “normal”, “útil”, “razonable” u oportuno (STEDH de 7.12.76, Caso Handy side); b) los Estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación –no ilimitado– en materia de restricciones, pero la resolución final sobre la compatibilidad de éstas con el CEDH corresponde al TEDH (ibidem Caso Handyside, p. 23, ap. 49; especificando que al TEDH compete establecer si, habida cuenta de tal margen nacional de apreciación, la ley y las decisiones que la aplican –aunque emanen de una jurisdicción independiente– constituyen una injerencia admisible en los términos del CEDH, de este modo en la S. 22.2.2989, Caso Barford, p. 12, ap. 28 y S. de 20.11.1989, Caso Markt intern Verlag GmbH y Klaus Beermann, p. 14, ap. 33); c) “necesaria en una sociedad democrática” significa que para estar de acuerdo con el CEDH *la intervención debe corresponder especialmente a una ‘necesidad social imperiosa’ y ‘ser proporcionada’ a la finalidad legítima perseguida* (ibidem. Handyside, pp. 223 y ss, aps. 48-49), y, finalmente, d) los artículos del CEDH que establecen una excepción a un derecho garantizado deben ser interpretados restrictivamente (STEDH 6.9.1978, Caso Klass y otros, p. 21, ap. 42).
- 34 SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos del Derecho administrativo*, I, op., cit., pp. 234 y ss.
- 35 El principio de descentralización está en el art. 103.1 CE: cada Administración debe actuar descentralizadamente sus competencias propias a través de las Administraciones inferiores, cuando fuere factible.

El de concentración, al que también se alude en el 103 CE, expresa el proceso de reajuste normativo de competencias en virtud del cual la titularidad y ejercicio de éstas pasa de un órgano determinado a otro de nivel inferior jerárquico, ya sea éste último de idéntico ámbito territorial que el primero (de ministro a director Gral.) o inferior (director general a delegado provincial o gobernador civil).

- Que la limitación de las libertades y derechos fundamentales no exceda de lo absolutamente preciso siendo además asumible por el afectado, guardando relación los perjuicios producidos con las ventajas obtenidas. Con la alusión a las exigencias de *aptitud* y *necesidad* (o sea, respectivamente, para alcanzar el logro fijado y, objetivo, al que no puede llegarse a través de un medio distinto y menos gravoso), estoy refiriéndome al principio de proporcionalidad,<sup>36 37</sup> cuya exposición no acometeré (ni siquiera matizando analíticamente que el principio de proporcionalidad en sentido amplio comprende: adecuación, exigibilidad y proporcionalidad en sentido estricto),<sup>38</sup> aunque permítaseme que en cambio recoja esa expresiva y conocida frase de FLEINER que gráficamente expresa uno de los aspectos esenciales de la proporcionalidad: “La policía no debe andar a cañonazos contra los gorriones”.<sup>39 40</sup>

---

36 Vid. de modo esquemático el concepto de proporcionalidad expuesto en este sentido por PFEIFFER, G., *Grundzüge des Strafverfahrensrechts*, München, 1987, p. 14, más ampliamente, exponiendo su configuración por el BVerfG y doctrina especializada, mi trabajo, en colaboración con ORTEGA BENITO, V., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, pendiente de publicación en *Rev. Poder Judicial*, 1990, 1. Sobre mi concepto del principio de proporcionalidad, vid. asimismo, pero más ampliamente, mi trabajo “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del proceso penal* (II Congreso de Derecho procesal. Zamora, 1989), Madrid, 1990.

37 Mi “estima” por el principio de proporcionalidad no me hace desconocer que es menester no llevar a cabo una aplicación radical e indiscriminada de este canon, por cuanto, y si no queremos eludir en algunos casos la injusticia, habrá ocasiones en que no debe permitirse todo lo que es “proporcionado”. STEIN, T., (“Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, en *Deutsche öffentlich-rechtliche Landberichte zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Budapest*, Hersg. K. Madlener, 1978, p. 285) estima plenamente aceptable que la policía pueda adoptar radicales medidas también contra infracciones leves si las mismas empiezan a reiterarse y no pueden ser evitadas de otro modo. RESS, G (“Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht”, en *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, 1985, p. 27), nos dice también que el Derecho no ha de ceder a la injusticia bajo el dominio del principio de proporcionalidad.

38 Acerca de ello, vid. mi trabajo, en colaboración con ORTEGA BENITO, V., cit. “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal constitucional y literatura especializada alemanas”.

39 FLEINER, F., *Instituciones de...*, cit, p. 324

40 Con similar planteamiento se ha defendido por GARCÍA NIETO, A, “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, en *RAP*, 1976, núm. 81, pp.35 y ss y, esp., 62 y ss., que la amplia discrecionalidad de que ha de gozar la actividad administrativa de policía –que en su actuar debe poder hacer uso de la coacción, con la consi-

Como conclusión a este punto, interesa matizar, a modo de resumen, lo siguiente: que si toda la actividad policial es y debe ser judicialmente controlable, también y al mismo tiempo y por razones de orden público o de interés general –judicialmente apreciable–, tal control y en ocasiones el auxilio, habrían de verificarse con estrictos y suficientes criterios para no entorpecer o perjudicar la actividad policial.<sup>41</sup>

**III.** Anuncié más arriba otro extremo a considerar: Policía como actividad de exigida utilización por la justicia. No es discutible como axioma, pero sí en alguno de sus aspectos, y no tan sólo formales: piénsese en el sí, en el cómo, a través de qué medios, valor de las actuaciones, márgenes de actuación admisibles –cualitativa y cuantitativamente–, etc.

Entre los extremos que cabría aquí considerar, pueden destacarse los siguientes: ¿Es o no aconsejable para nuestra Justicia, en estas coordenadas históricas, sociales, políticas, etc., instaurar una policía judicial? Puede optarse por su creación,<sup>42</sup> lo que deberá razonarse en atención siempre al mejor cumplimiento del objetivo constitucional, y considerando la experiencia contraria de países anglosajones, como por ejemplo los EE.UU. de Norteamérica.<sup>43</sup> Pero una vez hecha la elección es preciso además decantarse por uno de los dos modelos que para nuestro trabajo caben distinguir aquí y ahora: el

---

guiente limitación de la libertad individual– ha de verse contrapesada con la proporcionalidad si queremos que esté en adecuada relación con el mal que se trata de evitar, para lo que, y como defiende MERKL, A. (*Teoría general del Derecho administrativo*, México, 1980, p. 326), ha de adoptar las medidas menos perjudiciales a los derechos e intereses de los ciudadanos.

- 41 De esta manera, parece claro que la ausencia de publicidad será en muchas ocasiones precisa para una actuación eficaz (cfr. mi concepto de publicidad en sede procesal en mi trabajo “Notas sobre publicidad y proceso”, pendiente de publicación en el *Libro-Homenaje al Prof. Fairen Guillen*). No obstante tal ausencia de publicidad durante la práctica de determinadas investigaciones no estaría justificada –en cuanto pudiere lesionar el núcleo jurídico-fundamental de la Constitución– sin inmediato control del juez y posterior oportunidad, en caso de perjuicio, de comunicación al afectado a los correspondientes efectos indemnizatorios e incluso sancionatorios.
- 42 Entre los muchos que se han pronunciado por una policía judicial, vid., recientemente, a JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “La Policía judicial: una necesidad, no un problema”, en *Rev. Poder Judicial*, núm. esp. II, pp. 75 y ss., DOMÍNGUEZ VIGUERA, M., “Policía judicial y ley orgánica del Poder Judicial”, en *Rev. Jca. La Ley*, año VIII, nº 1644, 10.2.1987, etc.
- 43 Vid. sobre los distintos sistemas de policía a RICO, M. “sistemas comparados de policía”, en *Policía y...* cit, pp. 29 y ss.

italiano, en el que la policía judicial depende funcionalmente de la magistratura, bajo cuya dirección desempeñará su función (art. 56 *codice di procedura penale*) (recuérdese el art. 109 de la Constitución italiana, en el que se dispone que “La autoridad judicial dispondrá directamente de la policía judicial”, en relación con el 59 del *codice di proc. pen*),<sup>44</sup> o por el anglosajón en el que no existe tal sometimiento.

Del sistema mixto –como en cierta medida el italiano– es factible que dimanen serios problemas. No es imposible que, en su caso, se corran riesgos como los siguientes: de una comisarización del juzgado, pudiendo además llegar a propiciarse, a virtud de la convivencia, una relación personal que dificulte el exigible control y sanción de las actuaciones de los miembros de la policía adscritos; de convertir a jueces, magistrados y fiscales en “mandos” de determinados policías (o “unidades”) que, sujetos a una ambivalente cadena jerárquica –en cuanto dependientes en lo funcional de la judicatura y en lo orgánico del gobierno–, cotidiana y esencialmente van a acatar en caso de conflicto lo prescrito por sus jefes “naturales” (los de la policía), en manos de quienes además está la potestad disciplinaria (vid. arts. 15.1 y 28.5 FCS);<sup>45 46</sup> de posibilitar un

---

44 Estimo funcionalmente pedagógica la diferenciación de QUERALT/ JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de Policía judicial*, cit., pp. 27 a 29, según la cual han de distinguirse, primero, funciones generales de policía judicial que incumben obligatoriamente a todos los funcionarios policiales, consistentes en practicar “a prevención” todas las diligencias que sean precisas –hasta que comiencen a actuar las autoridades judiciales, fiscales o las unidades orgánicas de Policía judicial, naturalmente en todo supuesto en que se tenga conocimiento de la comisión de un hecho constitutivo de un delito o falta perseguible de oficio (o, tratándose de una infracción perseguible a instancia de parte, cuando se les hubiere requerido para ello, arts. 282 II y 284 LECrim). Es más restrictivo este apartado de lo que recoge la LECrim en sus arts. 283 y ss, en los que califica como tales desde autoridades administrativas, pasando por autoridades políticas (Alcaldes) hasta llegar a serenos, celadores, etc. En segundo lugar, función de policía judicial de segunda fase que se verifica cuando incoadas las pertinentes diligencias judiciales o fiscales, los funcionarios actúan bajo la dependencia funcional de la magistratura o fiscalía. Con acierto GARCÍA VALDÉS, C., “La formación de la policía judicial”, en Bol. Inf. Min. de Just., 1549, de 25.12.1989, p. 85 advierte que la LOFCS de 1986 “no pasa por alto el *carácter genérico* de Policía judicial con que está revestida la totalidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

45 Aunque desde específicas coordenadas, es aconsejable considerar el trabajo de SCHULTZ/LEPPIN, *Staatsanwaltschaft contra Polizei?*, en Jura, 1981, pp. 521 y ss.

46 PECES MORATE, J., “Justicia y Policía”, en Rev. de Derechos Humanos, 1985, 9, feb-mar., pp.15 y ss y esp., p. 17, reclama para los Jueces y Tribunales la competencia de calificar profesionalmente y sancionar disciplinariamente a los funcionarios de policía.



práctico abandono en poder de la policía de la investigación delictiva, incluso declinando en ella facultades propias ya del juez instructor ya, en su caso, del Ministerio Fiscal (como se ha puesto de manifiesto por ejemplo en Alemania federal) y, lo que sería más grave, convirtiéndola en un filtro de actuaciones susceptibles de persecución penal; de renuncia a la plena y eficaz utilización de los modernos medios de descubrimiento y lucha contra el delito, únicamente al alcance de una policía única y centralizada con supresión de recelos e interferencias entre cuerpos distintos o, verbigracia, entre locales, regionales y nacionales; etc. ¿No podrían suscitarse dudas acerca de si esta solución mixta: de dependencia sólo funcional de la judicatura y fiscalía, ignorando otras orientaciones –como por ejemplo la anglosajona–, no favorece en demasía un robustecimiento de la independencia de la jurisdicción?<sup>47 48</sup>

Más, y asimismo, sería aconsejable, tras decidirse por un sistema mixto de policía judicial, delimitar su ámbito de actuación: ¿Sólo dentro de esos confines a los que alude el 126 CE<sup>49</sup> –“la policía judicial depende de los Jueces, de

---

47 Me decanto en contra de lo que afirma JIMÉNEZ VILLAREJO, “La Policía judicial: una necesidad, no...”, cit, pp. 77 y ss., por cuanto el judicial no es poder –al menos en el sentido en que lo son los otros dos (sobre ello vid. mis trabajos “De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano”, en RAP, 1976, pp. 145 y ss., “La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu”, en RIberDP, 1976, pp. 905 y ss., “Reflexiones sobre el ‘Poder judicial’ y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder judicial”, en Doc. Jca., Vol. 1, monográfico dedicado al PLOPJ, abril/dic 1984, 42/44, T. XII, pp. 539 y ss.)–; además, porque es excesiva su afirmación de que un poder no puede ser ejercido más que a través de un instrumento propio, legitimado y dotado para la actuación coactiva y, finalmente, ya que habría que discutir el hecho de si una policía judicial “anfibiológica” (o sea, funcionalmente dependiente de la magistratura y fiscalía pero no orgánicamente) supone otorgar a la Justicia el “poder” que según sus palabras tan imperiosamente necesita.

48 Precisamente, para obviar algunos de estos problemas se ha optado por una policía judicial, con carácter exclusivo, dependiente tanto funcional como orgánicamente de la magistratura. Así, ANDRÉS IBAÑEZ, P., “Justicia/Conflicto”, Madrid, 1988, pp. 105-6, dice que “Este cuerpo de nueva planta deberá *tener carácter netamente civil* y ser dotado de una preparación específica, de modo que reúna las condiciones que le permitan ejercer una actuación, especialmente preventiva, eficaz y siempre respetuosa para con los derechos de la persona, de tal modo que llegue a ser aceptado por la sociedad como una articulación propia al servicio de sus valores más fundamentales”.

49 Estimo que sería aceptable decir que el art. 126 alude a una policía judicial dependiente de jueces y magistrados sólo en materia penal, pero que con ello no excluye la existencia de una policía que pueda y deba auxiliar a la justicia en otros órdenes, en primer lugar y, en segundo lugar, que tal policía pueda estar especializada funcionalmente en los correspondientes cometidos.

los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”<sup>50</sup>— o también es utilizable en todos los cometidos de directa compulsión en los diversos órdenes (piénsese en ejecuciones forzosas, policía de estrados, etc., actualmente asignadas a miembros integrantes de la oficina judicial<sup>51</sup>). Es indudable que la configuración conceptual de la policía judicial, recogida más arriba, de MORENO CATENA y de QUERALT y JIMÉNEZ,<sup>52</sup> es plenamente acorde con lo dispuesto en los arts. 126 CE, 282.I LECrim, 29 y ss LOFCS y 1, 2, 6 y 10 RD.769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la policía judicial, por cuanto reduce su actividad al mero desempeño de tareas en sede procesal penal (de policía para “el enjuiciamiento penal” vimos que hablaba MORENO CATENA). No obstante me gustaría suscitar el tema siguiente: El ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3) se extiende a otros ámbitos procesales, en los que podría ser tan importante o necesaria la colaboración (arts. 118 CE y 17.1 LOPJ) de la policía con la magistratura como en sede penal, ¿qué razón aparte del citado art. 126 de la Primera Ley puede existir para no ampliar las funciones de la policía judicial a dichos campos? ¿Es qué es más aconsejable, y por qué, que tratándose de un proceso civil, laboral, etc., dependa la policía del Gobierno (art. 104.1 CE, 10 LOFCS) —o alternativamente de las Comunidades Autónomas o Autoridades locales (arts. 37 y ss y 51 y ss LOFCS)—? Considero, aquí y ahora, que afirmando la necesidad de una policía judicial no tiene, teórico-conceptualmente que circunscribirse su esfera de actividad a lo procesal punitivo (e incluso, y en alguna medida, el art. 445 LOPJ podría servir de apoyo a esta tesis).

---

50 Y de este modo el art. 282.I LECrim dice que “La policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación, practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlas y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial”.

51 Vid. sobre las actuales tareas desempeñadas por algunos funcionarios “al servicio de la Administración de Justicia” (en expresión de la LOPJ, justamente criticada por FAIREN GUILLÉN, V., “Colofón a un comentario de la LOPJ de 1 de julio de 1985”, en *Rev. Der. Proc.*, 1985, 3, p. 628, olvidando que asimismo jueces y magistrados están a su servicio) como Oficiales, Auxiliares, etc., y la crítica a su falta de normativa atribución y correspondiente responsabilización, etc., mi trabajo pendiente de publicación en *Rev. Justicia*, “Notas sobre la oficina judicial y su reforma” (Ponencia a las *IV Jornadas de la fe pública judicial*, Logroño 9-11 de octubre de 1989).

52 MORENO CATENA, V., “Dependencia orgánica y funcional de la...”, cit., p. 143., QUERALT/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de policía judicial*, cit., p. 23

También sería importante discutir, naturalmente ya a otro nivel, si la policía en general y, la judicial en su caso, puede o debe estar constituida por miembros pertenecientes a cuerpos militares o militarizados como la Guardia civil, lo que podría estimarse quizás, y en mi opinión, que no tiene mucho sentido aunque se quiera o afirme mantener tal militarización con miras a una temida involución democrática. Este rechazo ha sido ya expresado por autores como BALLBE<sup>53</sup> y GARCÍA DE ENTERRIA, al criticar la injerencia, de cualquier manera, del Ejército, que se ve radicalmente desnaturalizado y “...que no tiene nada que ver con esas funciones de orden público, que ni puede comprender mínimamente y para cuyo tratamiento, *de facto* o jurídico, carece de toda capacidad”.<sup>54 55</sup>

Para terminar estas notas aludiré a algunos aspectos en los que procesalmente tiene particular incidencia la actividad de la Policía.

En lo atinente a la virtualidad de las actuaciones policiales en nuestro sistema procesal penal considero que, tratándose de diligencias que le vienen reconocidas normativamente, no pueden tener otro valor que el de denuncia. Pretender otra cosa implicaría la exigencia y seguridad de que en el ejercicio de sus atribuciones la policía ha observado escrupulosamente toda la serie de garantías jurídico fundamentales aplicables. De esta manera, y remitiéndonos al ejemplo norteamericano, que parece en ocasiones que se intenta implantar –pese a todo lo que le pudiere ser oponible–, habría que reforzar, verbigracia, su deber de informar al sospechoso de su derecho a permanecer en silencio, a no autoincriminarse<sup>56</sup> (“privilege against self-incrimination”, recogido en la quinta enmienda<sup>57</sup>), a la asistencia letrada<sup>58</sup> (“right to counsel”, plasmado en

---

53 BALLBE, M., *Orden público y militarismo en...*, cit., passim.

54 GARCÍA DE ENTERRIA, E., Prólogo a la op., ant. cit. de BALLBE.

55 Aunque por la fecha del trabajo se contempla sólo el Proyecto de la LCFS, es objeto de crítica la pervivencia militarista en autores como DOMÍNGUEZ BERRUETA/SÁNCHEZ FERNÁNDEZ/FERNANDO PABLO, “Reforma policial y...”, cit, pp. 405-6.

56 Como sabemos plasmado en nuestro art.24.2 CE y también en el 14.3.g) PIDCP (Pacto Inter. de Der. Civ. y Políticos, New York 1966).

57 Vid. LUIA, L-L., “Admissibility of confession obtained without *Miranda* warnings in non custodial setting”, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1984, 75, núm. 3, pp. 673 y ss., PIZZI, W-T., “The privilege against self-incrimination in a rescue situation”, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1985, 76, núm. 3, pp. 567 y ss., DIPPES, D-A., “Against police interrogation– and privilege against self-incrimination”, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 78, núm. 4, pp. 699 y ss.

58 Derecho a la asistencia letrada que está sancionado en el art. 17.3 CE (en cuanto Derecho Fundamental ocupa una posición preferente –“preferred position”, vid so-

la sexta enmienda), durante el “custodial interrogation” (interrogatorio durante la detención policial), etc., amén de una más rígida valoración de la prueba prohibida y de la ilícitamente obtenida,<sup>59</sup> a la erradicación de ciertas prácticas ya repelidas por nuestro Tribunal Constitucional (aludo, en particular, a la denominada “retención policial” con cierto apoyo normativo, entre otros preceptos, en el art. 22.1 del Reglamento del Senado, de 26 de mayo de 1982, 6.3 LO.3/1981, de 6 de abril, del Defensor del pueblo, etc., y que fue rechazada como inexistente e inaceptable situación intermedia entre detención y libertad en STC 98/1986, de 10 de julio).<sup>60 61</sup>

Dentro de los problemas suscitables en torno a determinados preceptos de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, que instaura el denominado proceso penal abreviado, cabría mencionar algunos puntos cuestionables. En la nueva ley procesal penal han de advertirse soluciones, al menos discutibles, en relación a la Policía: no tiene porque una ley procesal llegar al detallismo del art. 786 y concordantes, siendo más correcto técnicamente el planteamiento previsto en los arts. 282 y ss LECrim; asimismo, de la rúbrica

---

bre ello a WOLFE, Ch., “The rise of modern judicial review (from constitutional interpretation to judge-made law), New York, 1986, pp. 248 y ss— pero, además, es un derecho irrenunciable (vid. STC 5/1981, de 13.2)), 118 l y 520.2 c) LECrim.

59 Vid. más ampliamente esta diferenciación en GÖSSEL, K-H., “Die Beweisverbote im Strafverfahren”, en *Festschrift für P. Bockelmann* München, 1979, pp. 801 y ss., GRÜNWALD, G., “Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren”, en JZ, 1966, pp. 489 y ss., PETERS, K., “Beweisverbote im deutschen Strafverfahren”, en *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages* (1966), Bd. I (Gutachten) Teil 3 A, pp. 91 y ss., RUPP, H-H., “Beweisverbote im Strafprozess in verfassungsrechtlicher Sicht”, en *Verhandlungen des 46. Deutschen...cit*, Bd. I (Gutachten), Teil 3 A, pp. 167 y ss., también DÜNNEBIER, H., “Beweisverbote in der Praxis der Polizei”, en *Vorträge im Landeskriminalamt Niedersachsen*, Bd. 3, Hannover, 1966, pp. 37 y ss.,

60 Vid. PÉREZ ARÉVALO, J-A., “La ‘retención policial’ en la norma y la jurisprudencia constitucional”, en *Actualidad penal*, 1989, núm. 24, QUERALT, J-J., “La retención policial es una detención inconstitucional”, en *Actualidad penal*, 1989, núm. 38.

61 Al disminuir la intervención judicial habría que compensarla con un aumento de las garantías en el procedimiento de toma de decisiones. Así, SCHMITT GLAESER en LERCHE/SCHMITT GLAESER/SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, Heidelberg, 1984, pp. 35 y ss y 42 y ss, cit. BULLINGER, M. “La discrecionalidad de la...”, cit. 79.

del 786: “En la investigación de los hechos comprendidos en este título, los miembros de la policía judicial observarán las reglas generales y las especiales siguientes”, podría entenderse que, en consecuencia, a la policía en general y a la judicial en particular se exige que sepa y califique instantáneamente si el hecho encaja en este título o no, y, por tanto si ha de actuar conforme al 786, p. Ej., segunda b) o conforme a los arts. 334 y ss. Repercusión inmediata de ello sería, por ejemplo, que avisada de que hay un cadáver en la vía pública tendría que poder adivinar si se trata o no de un delito y, más aún, si es o no de los susceptibles de sustanciarse por el procedimiento abreviado, etc.

Respecto a los márgenes de actuación admisibles cualitativa y cuantitativamente, podría suscitarse el debate en torno a la constitucionalidad de preceptos como el art. 579 LECrim que faculta al Ministro del interior y en su defecto al Director de la seguridad del Estado, en caso de urgencia y cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, para acordar la observación de las comunicaciones, haciéndoselo saber “inmediatamente al Juez competente...” En todo caso sí es positiva la reforma del art. 520 bis que exige, para prolongar por otras 48 las 72 horas de detención, autorización por el juez.<sup>62</sup>

Es bastante grave, y por ello lo reitero, la posibilidad, si se introduce en nuestro ordenamiento procesal penal el principio de oportunidad (aunque no sea en los reprochables y amplios términos en que, por ejemplo, se ha plasmado en la StPO),<sup>63</sup> de que la policía amplíe su papel de tamiz de los hechos que

---

62 Vid. GONZÁLEZ GUITIAN, “Protección penal de la intimidad y escuchas telefónicas”, del mismo “Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos”, ambos en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, VII, 1986, del mismo, “Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas clandestinas”, en *Rev. Poder Judicial*, 1987, 6. Ya teniendo en cuenta la LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la LECrim, que entre otros preceptos introdujo el 579, BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, pp.176 y ss, y ASENCIO MELLADO, J-M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, esp. pp. 103 y ss.

63 Vid. mi trabajo citado, y bibliografía “ivi” recogida, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”.

van a ser criminalmente perseguidos, lo que incluso podría verse favorecido y aún incrementado por la gran saturación de los Juzgados y Tribunales y la indiferencia y abulia existentes en algunos de sus titulares.<sup>64 65</sup> ❖

---

64 Esto no se ve remediado por la reforma de 1988 y la confirmación al MF de determinadas facultades investigadoras, que se ven ampliadas, entre otras razones por cuanto no se ha incrementado la plantilla lo suficiente y tampoco se está preparando a los Fiscales para asumir las iniciativas investigadoras apuntadas en la citada ley del proceso penal abreviado.

65 De este modo, MORENO CATENA, V., "La Justicia penal y su reforma", en *Justicia* 88, II, esp. p. 316, la oportunidad "...está siendo llevada a la práctica por la Policía, no presentando el correspondiente atestado, en cuyo caso, aun conocidos los hechos a través de los medios de comunicación o por conocimiento privado por el Juez o por el Ministerio Fiscal, rara vez se inicia el procedimiento penal para su persecución".

Lo dicho no empecé para que destaquemos que en otros países, con sistemas jurídicos y sociales distintos, se reconozca a la policía discrecionalidad para denunciar o archivar determinadas infracciones de menor entidad y, concretamente, contra la propiedad. Así, en Dinamarca, Gran Bretaña, Noruega, etc. Vid. acerca de ello, WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht*, Baden-Baden, 1978, esp. p. 92, HANSEN, "Die Tätigkeit der Anklagebehörde in Norwegen", en *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Hersg. JESCHECK/LEBINGER, Baden-Baden, 1979, esp. p. 504, y, HUBER, "Funktion und Tätigkeit des Anklägers in England und Wales", en *Funktion und Tätigkeit der...* cit., pp. 556 y ss.

# Detención y prisión provisional en los Estados Unidos <sup>1</sup>

Stephen Thaman

Professor of Law and co-Director Center for International  
and Comparative Law of Saint Louis University, EE.UU.

## I. Introducción

La detención y la prisión provisional en los Estados Unidos (en adelante, EE.UU.) han de ser entendidas a la luz de los siguientes principios del proceso penal norteamericano:

- La hegemonía del principio de oportunidad de la persecución del delito en todas las etapas de la investigación criminal policial y del fiscal (*prosecution*).
- La existencia en la mayoría de los casos de un derecho, establecido por la ley (*statutory right*), a un proceso “rápido”, lo que lleva a la policía y al “Gran Jurado”<sup>2</sup> a investigar de forma secreta y exhaustiva” con anterioridad a la detención del sospechoso”, o a proceder ‘a su detención y después intentar completar la investigación antes de que comience el juicio oral.
- El predominio del juicio oral, como la única forma legal y constitucionalmente exigida de “investigación del asunto”, que se evita en un 93 por 100 de todos los casos penales.

---

1 Texto traducido por Pablo MORENILLA ALLARD, Doctor en Derecho, Profesor Ayudante de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, UCLM.

2 Jurado investigador en casos de delitos graves cuya tarea es determinar si, a la vista de los hechos y de los pruebas aportadas por el fiscal, ha lugar la formalización de la acusación (el *indictment*), con la consiguiente posibilidad de que se celebre un juicio contra el imputado.

La prisión provisional, en la mayoría de los asuntos penales en los EE.UU.,<sup>3</sup> tiene por objeto principal garantizar la comparecencia del imputado al acto del juicio, pero dado que sólo en contadas ocasiones se alcanza el juicio oral, frecuentemente sirve más como medida de presión sobre el imputado para que acepte una resolución basada en el *plea-bargaining*,<sup>4</sup> que evite la celebración del juicio oral. En casos excepcionales, es también acordada para proteger a testigos o a la sociedad en general, teniendo en cuenta la peligrosidad del imputado.

## II. El control judicial de la detención del sospechoso

### 1. Datos estadísticos

Las investigaciones penales en los EE.UU., en la mayoría de los casos, son dirigidas de forma rápida e informal por los departamentos de la policía local. El 42 por 100 de todas las detenciones practicadas por delitos no violentos contra la propiedad se realizan en los cinco minutos siguientes a la comisión del ilícito. Las investigaciones realizadas con anterioridad a la detención normalmente conllevan el interrogatorio de la víctima, de los testigos oculares, así como la inspección del escenario del crimen. Los vecinos de las inmediaciones del lugar son interrogados solamente en supuestos de delitos graves. Estas investigaciones son normalmente reactivas, respondiendo a la denuncia de un delito. Al menos el 35 por 100 de tales investigaciones complementarias se realizan una semana después de la comisión del delito.<sup>5</sup>

En casos de crimen organizado, corrupción, alteración de precios (*price-fixing*), estupefacientes, delincuencia de “cuello blanco” especialmente complicada,

---

3 En una proporción que oscila entre un tercio y la mitad de los imputados en procesos por delitos (*felony courts*) se encuentran en prisión. La proporción es mayor para los delitos graves, lo cual redundaría en un grave detrimento de las posibilidades de defensa del imputado.

4 El “*plea-bargaining*” es una práctica de negociación del fiscal con el acusado y/o su abogado por la que acepta confesarse culpable (*guilty plea*) a cambio de una reducción de los cargos formulados o de la promesa del fiscal de obtener una condena menos severa. Esta práctica ha sido admitida por el Tribunal Supremo (vid. *Brandy v. US* 397 US 742 (1970)).

5 Kamisar, Yale/La Fave, WAYNE R. /Israel. JEROLD H., *Modern Criminal Procedure*, 8ª ed., St. Paul, 1994, Pág. 17-18.



la fiscalía federal y estatal a veces recurren al “Gran Jurado”, secreto e inquisitivo, que recuerda los tipos de investigaciones’ realizadas en la Europa continental en el siglo XIX. El Gran Jurado, generalmente compuesto por un número de ciudadanos que oscila entre 12 y 23 personas, y en la actualidad estrechamente controlado por el fiscal, tiene, a diferencia de la policía, la potestad de citar bajo sanción (*subpoena*) a los testigos para su comparecencia y posterior declaración, así como reclamar la aportación de documentos y otros medios de prueba.<sup>6</sup> En los casos sometidos al Gran Jurado, la acusación formal de un delito grave (*formal felony charge*) es llamada *indictment*, y precede al auto de prisión dictado por el juez en cuya jurisdicción se constituye el Gran Jurado, y donde la detención ha tenido lugar.

En la gran mayoría de los asuntos, el imputado es detenido por la policía sin mandamiento judicial.

## 2. Límites constitucionales a la detención

Como regla general, la policía puede detener a una persona que comete un delito o una falta (*misdemeanor*) en su presencia.<sup>7</sup> En un gran número de Estados (29), puede incluso proceder a la detención de personas que han cometido infracciones de tráfico.<sup>8</sup> No obstante el tenor literal de la IV Enmienda, que protege a las personas contra registros sin una causa “razonable” (*reasonable cause*) y que parece ordenar un auto de detención (*warrants*), basado en causas “probables” para efectuar el registro del sospechoso, el Tribunal Supremo norteamericano (en adelante TS) ha declarado que la policía puede detener al sospechoso de haber cometido un delito grave sobre la base de una causa “probable”, incluso cuando hubiera sido posible obtener un mandamiento judicial de detención.<sup>9</sup> El tribunal estableció que la policía no necesita acreditar que existían las circunstancias exigidas y subrayó: “nos

---

6 La Fave/Israel, *Criminal Procedure*, 2ª ed., St. Paul, 1992, Págs. 382-385.

7 La Fave/Israel, oc., pág. 186.

8 SALKEN, Bárbara C., “The General Warrant of the Twentieth century? A Fourth Amendment Solution to Unchecked Discretion to Arrest for Traffic Offenses”, 62 Temple L. Rev. 221, págs. 249-250 (1989).

9 *Estados Unidos v. Watson*, 423 US 411 (1976). También ha autorizado la detención practicada por agentes especiales de correos en supuestos relacionados con delitos graves (*felonies*), sin mandamiento judicial (18 USC § 3061).

negamos a obstaculizar los procedimientos penales (*criminal prosecution*) con litigios interminables sobre la existencia de las circunstancias exigidas, para obtener un mandamiento judicial de detención, como para acreditar si el sospecho estaba a punto de fugarse, y otras similares”.

Aunque los críticos favorables a que se dicte una resolución judicial antes de practicarse una detención policial alegan que así se evitaría la fabricación por la policía de sus descubrimientos iniciales de causas “probables” como adorno de las pruebas halladas tras el registro del imputado o sus pertenencias, la razón de prescindir de este procedimiento quizá encuentre mejor base en el análisis de costes y beneficios de esa práctica: si los tribunales de Los Ángeles tan sólo pueden sacar un minuto para recibir declaraciones de culpabilidad y para imponer la condena, ¿dónde hay tiempo para revisar mandamientos de prisión dictados para las 200.000 detenciones que se realizan al año?<sup>10</sup>

Una vez practicada la detención sin orden judicial, el imputado tiene el derecho a una audiencia ante el juez para que determine si el agente de policía tenía una causa “probable” para efectuar dicha detención. Esta audiencia no es completamente contradictoria, y el juez podrá basar su resolución en testimonios indirectos (*hearsay and written testimony*).<sup>11</sup> En una opinión separada, el juez STEWART estimó que la decisión de la mayoría concedía: “menos protección a la persona detenida que la legalmente requerida para conseguir el embargo de una cuenta bancaria (*garnishment*), la posesión de un refrigerador, la expulsión temporal de un estudiante de un colegio público, o la suspensión del permiso de conducir”. En la práctica, la detención se mantendrá cuando el delito del que inicialmente se le acusaba esté “en cierta medida relacionado” con el que es posteriormente objeto de la acusación.<sup>12</sup>

El TS mantiene que el control de la legalidad de la detención ha de realizarse dentro de las 48 horas siguientes, de lo contrario se desplaza la carga de la prueba a la acusación para que acredite la buena fe de la emergencia u otra razón justificativa del retraso.<sup>13</sup> Generalmente, la revisión tiene lugar en la primera comparecencia del imputado o se incorpora al procedimiento de fija-

---

10 Kamisar/La Fave Israel, oc., pág. 232.

11 *Gerstein v. Pugh*, 420 US 103 (1975).

12 Vide *US v. Atkinson*, 450 F. 2d. 835 (5th Cir. 1971); y *Hatcher v. St.*, 410 N.E. 2d. 1187 (Ind. 1980), al afirmar que: “la política seguida para encontrar y procesar al criminal es más costosa que tener a agentes de policía eligiendo y proclamando la correcta interpretación legal para proceder a la detención”.

13 *County of Riverside v. McLaughlin*, 500 US 44 (1991).

ción de la fianza o de las otras condiciones para la libertad provisional anterior al juicio. En el Estado de Missouri el juez ha de resolver sobre la constitucionalidad de una detención dentro de las veinte horas siguientes o el imputado será puesto en libertad.<sup>14</sup> Como la constitución de la fianza puede suponer una carga injustificada cuando no existe causa “probable” para la detención, el Estado de California exige una audiencia sobre la causa “probable” antes de constituir la fianza.<sup>15</sup>

La jurisprudencia del TS no ha fijado, sin embargo, un remedio claro en casos de detención ilegal. En un asunto en el que la audiencia sobre la causa “probable” tuvo lugar cuatro días después de la detención, y solamente después de que el imputado había confesado, el tribunal declaró que el remedio no era necesariamente poner en la libertad al detenido.<sup>16</sup>

La policía o los fiscales se procurarán un mandamiento judicial de detención en casos de delitos graves cuando haya habido una investigación exhaustiva anterior a la detención y, como en los casos que requieren la investigación del Gran Jurado, cuando este órgano haya formulado una acusación válida “prima facie” por delito. Esto es particularmente importante, porque el TS ha establecido que una persona *solamente* puede ser detenida en su domicilio mediante orden judicial,<sup>17</sup> salvo que existan circunstancias que así lo exijan.

### **III. La primera comparecencia del imputado ante el juez y la decisión sobre la prisión provisional**

El detenido, sospechoso de haber cometido un delito, debe ser inmediatamente conducido ante un juez o un *magistrate*<sup>18</sup> de tribunales inferiores en casos de delitos graves (*felony cases*) en los que no se haya formulado la acusación (*indictment*) del Gran Jurado.<sup>19</sup>

---

14 Art. 22.06 de la Ley Procesal Penal de Missouri.

15 *In re Walters*, 43 P. 2d. 607 (Cal. 1975).

16 *Powell v. Nevada*, 511 US 79 (1994).

17 *Payton v. New York*, 445 US 573 (1980).

18 El “magistrate” es una autoridad judicial de inferior grado jurisdiccional (vgr. Justicia de paz).

19 La comparecencia ante la autoridad judicial ha de producirse en el siguiente día hábil a la detención, Proceso Penal Federal 5 (a), CP de California § 825, y en casi todos los Estados, dentro de las 24-48 horas.

En el breve intervalo existente entre la detención y la primera comparecencia (*first appearance, arraignment*), ha de formularse la acusación preliminar (denuncia o *complaint*) en las causas penales por delitos graves o el imputado será puesto en libertad.<sup>20</sup> Éste es el momento del que igualmente se vale la policía para completar las investigaciones necesarias: el interrogatorio del imputado,<sup>21</sup> la extracción de sangre u orina o de cualquier otra prueba corporal del sospechoso; y, finalmente, la práctica de procedimientos de identificación, como reconocimiento en rueda.<sup>22</sup>

En la primera comparecencia, el imputado se presenta con la denuncia y es informado de sus derechos fundamentales relativos al juicio oral, como el derecho a ser asistido de letrado;<sup>23</sup> el privilegio contra la no autoincriminación,<sup>24</sup> el derecho a ser juzgado por un jurado,<sup>25</sup> el derecho a interrogar a los testigos de la acusación (interrogatorio cruzado o *cross examination*) y otros derechos de naturaleza procesal.

---

20 En algunas jurisdicciones, la fiscalía acusa por todos los delitos sugeridos por la policía. En otras, el fiscal actúa con una gran discrecionalidad que acaba en un 38 por 100 de casos archivados en las fiscalías urbanas. Kamisar/La Fave/Israel, *Modern Criminal Procedure*, oc., págs. 23-24.

21 A pesar de que el detenido carece del derecho a la asistencia letrada hasta que es objeto de una acusación formal, el TS de EE.UU. ha interpretado la VI Enmienda de la Constitución como compatible con el derecho a la asistencia letrada durante los interrogatorios en las dependencias policiales; de forma que, antes de proceder al interrogatorio, la policía ha de advertir al imputado de su derecho a guardar silencio y a ser asistido de letrado, así como de su derecho a un abogado de oficio en el caso de que carezca de los medios económicos suficientes para contratar uno de su confianza (*Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966)).

22 El imputado carece del derecho a la asistencia letrada durante el procedimiento de identificación anterior a la acusación preliminar. *Kirby v. Illinois*, 406 US 682 (1972).

23 La VI Enmienda a la Constitución. El derecho pertenece a todo imputado por un delito castigado con pena privativa de libertad e incluye el derecho a la justicia gratuita para los declarados pobres. *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335 (1963). Una vez que el imputado es asistido por su abogado, ni la policía, ni la fiscalía podrán interrogar al sospechoso sin la presencia de su letrado, ni practicar diligencias de reconocimiento sin contar con su presencia *Massiah v. United States*, 377 US 201 (1964); *United States v. Wade*, 388 US 218 (1967).

24 V Enmienda a la Constitución.

25 Art. III, § 2 de la Constitución EE.UU. Este derecho asiste a toda persona capaz de ser condenada a más de seis meses de prisión. *Baldwin v. New York*, 399 US 66 (1970).

En la primera comparecencia ante el tribunal inferior (municipal), el imputado es a veces invitado a pronunciarse sobre los cargos presentados contra él,<sup>26</sup> pero en otros Estados, al igual que en la jurisdicción federal, el juez se limita a fijar el día para la celebración de la audiencia preliminar o remite el asunto al Gran Jurado para que emita “acusación” (*indictment*). Éstos son los dos procedimientos mediante los cuales se determina la existencia de “causas probables” (*probable cause*) para llevar al imputado a juicio oral.<sup>27</sup>

La audiencia preliminar es también el momento en que el juez o el “magistrado” pueden revisar la constitucionalidad de la detención policial del imputado. Por regla general, sin embargo, la determinación de la ilegalidad de una detención no significa la puesta en libertad del detenido, y, naturalmente, que el caso haya de ser sobreseído. Según el “Common Law”, los tribunales ni siquiera examinaban la validez de una detención; esta doctrina ha sido reiterada en el caso *EE.UU. v. Álvarez-Machain*,<sup>28</sup> en el que agentes federales norteamericanos secuestraron a un ciudadano mejicano en Méjico, llevándolo a los EE.UU., al margen de las normas fijadas por el Tratado de extradición, para ser juzgado por el asesinato de un agente de policía del servicio antidroga (“DEA”) cometido en Méjico. Sin embargo, la falta de validez de una detención puede llevar a excluir los medios de prueba, obtenidos como “fruto del árbol envenenado”, es decir, como consecuencia de una detención ilegal.<sup>29</sup> Así ocurre con las pruebas “corporales”, la confesión del imputado, etc., y pueden conducir al sobreseimiento del caso. Tales peticiones de excluir medios de prueba son a veces realizadas en la audiencia preliminar,<sup>30</sup> pero normalmente tienen lugar en el juicio oral, en una audiencia especial o fuera de la presencia del jurado.<sup>31</sup>

---

26 Así ocurre en California. La primera declaración es, sin embargo, casi siempre la de confesarse “no culpable”.

27 La audiencia preliminar generalmente tiene lugar durante las dos semanas (aprox. 10 días hábiles) siguientes a la primera comparecencia ante el tribunal inferior. Proceso Penal Federal 5 (c); CP de California § 859 (b). El imputado tiene el derecho a una audiencia preliminar en, aproximadamente, 30 Estados. En 25 de ellos, la vista ante el Gran Jurado, de carácter inquisitivo, puede sustituir la audiencia preliminar. LaFave/Israel, *oc.*, § 14.2.

28 112 S. Ct. 857 (1992).

29 *Wong Sun v. EE.UU.*, 371 US 471 (1963).

30 CP de California § 1.538.5 (c). Tales solicitudes no pueden ser practicadas en la vista preliminar ante los Tribunales Federales; *cfr.* el arto 5.1 (a) del Proceso Penal Federal.

31 Art. 12 (b) (3) del Proceso Penal Federal; § 1.538.5 del Código Penal de California.

## IV. La decisión sobre la libertad del detenido o sobre su prisión provisional

### 1. El derecho a la libertad provisional

Tradicionalmente, la prisión provisional sólo se permitía en casos de delitos castigados con pena de muerte<sup>32</sup> o enjuiciados por los tribunales de menores.<sup>33</sup> En el sistema federal y en 40 Estados, el estatuto típico regulador de la libertad provisional establece que: “Todo detenido deberá tener la posibilidad de obtener la libertad provisional con fianza bastante antes de su condena, salvo en los casos por delito capital, donde la prueba sea evidente o la presunción grande”.<sup>34</sup>

En los EE.UU., el derecho a la libertad provisional fue consagrado “a contrario” por los Fundadores de la Unión en la VIII Enmienda a la Constitución (*Bill of Rights*), al prohibir que se exigiera al sospechoso “una fianza (o caución) excesiva” (*excessive bail*). Sin embargo, en la práctica, la mayoría de los imputados por delitos no castigados con la pena capital permanecieron en prisión durante todo el proceso penal por su estado de indigencia o incapacidad de pagar o de conseguir la “fianza no excesiva”. Los tribunales elaboraban escalas rígidas de fianza para cada delito al margen de las posibilidades de los imputados y sin considerar las circunstancias particulares de cada caso. Fiadores judiciales profesionales (*bail bondsmen*) controlaban el sistema de la libertad bajo fianza,

---

32 En 1951, el TS declaró la existencia de un derecho a la libertad provisional bajo una fianza razonable en casos en que no amenazaba la pena de muerte, como garantía de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa del imputado, y del derecho a un proceso con todas las garantías, que prohíbe la imposición de penas sin previa sentencia condenatoria. *Stack v. Boyle*, 342 US 1 (1951).

33 En muchos Estados, el menor acusado de haber cometido un delito ante los tribunales de menores carece del derecho a la libertad provisional (con o sin fianza). FRANKOWSKI, STANISLAW, LUEPKE, Henry, “Pretrial Detention in the US” en Frankowski, Stanislaw/Shelton, Dinah (ed.) *Preventive Detention. A Comparative and International Law Perspective*. Dordrecht, 1992, pág. 102. La constitucionalidad de la prisión provisional en los tribunales de menores ha sido confirmada por el TS de EE.UU., a pesar de sus escasas garantías procesales. Vid., *Schall v. Martín*, 467 US 253 (1984).

34 Kamisar/La Fave Israel, pág. 874. El derecho a la libertad provisional bajo fianza existe solamente hasta la determinación de la culpabilidad alcanzada mediante la conformidad del acusado o a través del veredicto del jurado. *McKane v. Durston*, 153 US 684 (1894).

y sus honorarios no reembolsables del 10 por 100 de la cantidad de la fianza constituían un obstáculo insuperable para muchas, personas.<sup>35</sup>

La primera reforma del sistema de libertad provisional tuvo lugar en los años sesenta, comenzando en la ciudad de Nueva York, con el resurgir de proyectos o programas de libertad provisional (*pretrial release programs o bail projects*) que culminaron en leyes reguladoras de la libertad provisional sin fianza y en un nuevo sistema de fianza controlado por el mismo tribunal, para eliminar el monopolio de los *bondsmen* y su ganancia del 10 por 100. Esta ola de reformas culminó en la Ley de Reforma de la Libertad Provisional de 1966,<sup>36</sup> que exigía “la puesta en libertad provisional sin fianza o con una caución sin garantía real fijada por el magistrado... a menos que éste determinara que tal medida no aseguraría racionalmente la comparecencia del imputado”, y sirvió como modelo para muchas leyes de los Estados.<sup>37</sup> Los nuevos textos legales, que daban prioridad a la libertad sin fianza o garantías reales y tenían como único criterio garantizar la comparecencia del imputado, incrementaron en un 40 por 100 el número de personas puestas en libertad provisional en el sistema federal, sin que ello supusiera un incremento paralelo de imputados que se hubieran sustraído a la acción de la justicia.<sup>38</sup>

La segunda ola de reformas tuvo por finalidad la promulgación de leyes que expresamente permitían la prisión provisional en casos por delitos no castigados con la pena de muerte. Aunque la primera ley de tal índole fue promulgada en el Distrito de Columbia en 1970, no tuvo apenas repercusión hasta la entrada en vigor de la Ley Federal de Reforma de la Libertad provisional de 1984.<sup>39</sup> No obstante la preferencia del legislador hacia la libertad provisional bajo condiciones individualizadas, la ley estableció expresamente que la prisión provisional no solamente garantizaba la comparecencia del imputado, sino también protegía a la comunidad, así como a otras personas.<sup>40</sup> Ley Federal de Reforma de la Libertad Provisional de 1984 sirvió de modelo para por lo menos 27 textos legales estatales.<sup>41</sup>

---

35 WHITEBREAD, Charles H./SLOBOGIN, Christopher, *Criminal Procedure*, 3ª ed. Westbury, NY, 1993, pág. 492.

36 “Federal Bail Reform Act” de 1966, 18 USC §§ 3.146-3.152.

37 WHITEBREAD/SLOBOGIN, pág. 493.

38 WHITEBREAD/SLOBOGIN; págs. 493-494.

39 “Federal Bail Reform Act” de 1984, 18 USC §§ 3.141-3.150.

40 WHITEBREAD/SLOBOGIN, págs. 494-495.

41 FRANKOWSKI/LUEPKE, pág. 72.

## 2. La libertad provisional con o sin fianza

- a) La discrecionalidad policial para poner en libertad al imputado con anterioridad a la primera comparecencia y el papel de los servicios de libertad provisional.

La potestad discrecional de la policía comprende, en algunas jurisdicciones, no solamente la puesta en libertad de aquéllos que han detenido bajo promesa escrita de comparecer ante el tribunal, sino también ponerlos en libertad bajo fianza. Cuando trabajaba como fiscal (*public defender*) en el Condado de Alameda (California) durante los años 1976 a 1987, existían unas “tablas de fianza” (*bail schedule*) para cada tipo de acusación y el detenido podía asegurar su libertad con anterioridad a la primera comparecencia pagando la totalidad de la fianza o contratando a un fiador judicial, que, por el precio generalmente del 10 por 100 de la suma de la fianza, depositaba la fianza en nombre del detenido. Tales “tablas de fianza” fueron duramente criticadas, pues sólo atendían a la naturaleza del hecho punible, en lugar de tomar en consideración otra serie de circunstancias.<sup>42</sup> El detenido podía optar entre abonar la suma en efectivo directamente al tribunal o acudir a los fiadores judiciales profesionales (*bail bondsmen*), para que abonaran la totalidad de la fianza, a cambio de una comisión (aproximadamente el 10 por 100 de la cantidad total de dicha fianza).<sup>43</sup>

Para los que no pueden abonar la fianza para salir de la cárcel, las peticiones para reducir su cuantía o para quedar en libertad bajo promesa tienen lugar en la primera comparecencia o en la fase inmediatamente posterior. Esta audiencia está por lo general basada simplemente en el informe policial del delito de que se le acusa, los antecedentes penales, y en el informe de cualquier incomparecencia ocurrida en el pasado. Además, el órgano judicial solicita pruebas de que el imputado está arraigado en la comunidad, si tiene una familia, trabajo o si está cursando estudios, para sopesar las probabilidades del riesgo de fuga.

---

42 WHITEBREAD/SLOBOGIN, pág. 492. Un tribunal federal también decidió que las “tablas de fianza” elaboradas por la policía, que sólo tomaban en cuenta la naturaleza del hecho punible, vulneraban el derecho al “debido proceso”. *Ackies v. Purdy*, 322 F. Supp. 38 (SD. Fla 1970).

43 Por ejemplo, 3.000 \$ era el precio normal de una fianza para delitos no graves; 5.000 \$ para delitos graves (vgr. el robo). Sin embargo, en algunos casos, la policía podía incrementar artificialmente la cuantía de la fianza acusando no de uno, sino de varios delitos al sospechoso.



En muchos tribunales una agencia trabaja con los detenidos para preparar estas rápidas audiencias. Sus miembros entrevistan a los detenidos en las cárceles, a menudo antes de que el fiscal pueda hablar con ellos, informándose si tienen una familia, un trabajo, comprobando estos datos, y después hacer recomendaciones para la puesta en libertad con o sin fianza.

Las alegaciones sobre la fianza en casos graves comprenden la citación de testigos, con la posibilidad de careo por ambas partes (*cross examination*). Éste es especialmente el caso de los delitos de homicidio u otros supuestos, en los que pudiera denegarse la fianza y el imputado podría ser sometido a prisión provisional.

b) La libertad provisional bajo ofrecimiento de fianza

• **Introducción.** Según la ley federal, los imputados pueden quedar a disposición del tribunal en libertad provisional bajo promesa de comparecer (*on own or personal recognizance*), o bajo ofrecimiento de bienes para asegurar su comparecencia (*unsecured appearance bond*), esto es, sin tener que abonar la fianza,

*a no ser que la autoridad judicial (judicial officer) entienda que tal puesta en libertad no asegurará razonablemente la comparecencia del imputado o que pone en peligro la seguridad de cualquier persona o de la comunidad.*<sup>44</sup>

Al resolver sobre la libertad o la prisión, el juez, conforme lo previsto en 18 USC § 3.142 (b), debe tener en cuenta los siguientes factores:

**Primero** La naturaleza y circunstancias del delito de que se le acusa, incluyendo el hecho de si el delito es violento o está relacionado con el tráfico de estupefacientes.

**Segundo** El valor de los medios de prueba incriminatorios.

**Tercero** Los antecedentes y características de la persona, incluyendo:

- La personalidad del imputado, su estado físico y mental, vínculos familiares, empleo, medios económicos, tiempo de residencia en la comunidad, vínculos con la comunidad, antecedentes en general, y en especial sobre las drogas o el abuso de alcohol, antecedentes penales, y el informe sobre las comparecencias ante el tribunal; y

---

<sup>44</sup> 18 USC § 3.142 (b).

- Si al tiempo de producirse la comisión del delito o la detención, la persona se encontraba en libertad bajo promesa por haberse suspendido la pena privativa de libertad (*probation*), o en libertad condicional (*parole*), o pendiente de la celebración del juicio oral, de que se dicte sentencia, de la apelación o del cumplimiento de una sentencia por un delito federal, estatal, o municipal; y

**Cuarto** La naturaleza y la gravedad del peligro que supondría para cualquier persona o para la comunidad la puesta en libertad del imputado.

En la práctica, la mayoría de las personas imputadas de haber cometido un delito de menor gravedad o una “falta” (*misdemeanors*)<sup>45</sup> será puesta en libertad sin fianza, a menos que tenga un mal expediente de comparecencias ante el tribunal en el pasado, y muchas personas imputadas por delitos graves (*felony*) pueden quedar en libertad bajo palabra, si el delito de que se les imputa no es violento y carecen de antecedentes penales por delitos, no han dejado de comparecer en procesos anteriores, y están arraigados en la comunidad.

En la audiencia para decretar las condiciones de la libertad provisional, la carga de la prueba del arraigo del imputado en la comunidad recae sobre el imputado mismo mientras que el fiscal tiene la carga de probar la gravedad de la acusación, la falta de comparecencia en enjuiciamientos anteriores, así como el riesgo de fuga en el presente caso.<sup>46</sup>

Aunque los tribunales estatales de apelación se muestran contrarios a admitir en el juicio oral las declaraciones realizadas por el imputado a los miembros de las agencias de libertad provisional<sup>47</sup> antes de la audiencia para decretar la libertad provisional o durante la audiencia misma,<sup>48</sup> la jurisprudencia de los tribunales federales tan sólo exige que el imputado sea informado de su derecho a no declararse culpable.<sup>49</sup>

---

45 Delitos de menor gravedad normalmente castigados con pena privativa de libertad no superior a uno o dos años en la cárcel del condado. Los delitos graves (*felonies*), generalmente tienen una pena superior a dos años de prisión estatal o federal.

46 Cfr. *Van Attav*. SCOTT, 613 P. 2d. 210. (Cal. 1980).

47 Vid. *State v. WINSTON*, 219 NW 2d 617 (Minn. 1974).

48 *State v. WILLIAMS*, 343 A. 2d 29 (N.H. 1975).

49 En el caso *United States v. Dohm*, 618 F. 2d 1169 (Sth Cir. 1980), la inadmisibilidad en el juicio oral de la declaración del imputado durante la audiencia para decretar la libertad provisional se basó en la falta de haber prestado una declaración.

En 1989 se realizó un estudio de la práctica en los tribunales federales poniendo de manifiesto que el 64 por 100 de los imputados gozaban de la libertad provisional, y menos de la mitad con caución sin contenido económico.<sup>50</sup> Dos tercios de los imputados en los tribunales de los Estados se hallan en libertad provisional hasta el momento de dictar sentencia y el 40 por 100 de ellos sin fianza o con caución sin contenido económico.<sup>51</sup>

• **Condiciones.** Es típico que las normas reguladoras de la libertad provisional otorguen cierta discrecionalidad a la autoridad judicial al acordar las mínimas condiciones a la libertad provisional con o sin fianza, que garanticen la comparecencia del imputado. Además de la condición de no cometer nuevos delitos, las típicas condiciones impuestas por los jueces al acordar la libertad provisional de los imputados se encuentran previstas en 18 USC § 3.142 (c) (1) (B):

- i. quedarse bajo la custodia de una persona designada, que accede a asumir la supervisión (del imputado) e informar al tribunal de cualquiera violación de las condiciones a la libertad provisional, si la persona designada puede razonablemente asegurar a la autoridad judicial que el imputado comparecerá según lo acordado y que no supondrá un peligro para la seguridad de cualquier otra persona o de la comunidad;
- ii. conservar el trabajo, o, si está en paro, buscar realmente uno,
- iii. mantener o comenzar un programa de estudios;
- iv. cumplir las restricciones específicas en sus relaciones personales, en su lugar de residencia o en sus viajes;
- v. evitar todo contacto con la presunta víctima del delito o con los presuntos testigos del caso;
- vi. presentarse con regularidad ante la comisaría de policía, la agencia de libertad provisional, u otra agencia designada;
- vii. cumplir con el toque de queda especificado;
- viii. evitar la posesión de un arma de fuego, de un aparato destructivo, o de otra arma peligrosa;

---

50 Ministerio de Justicia de los EE.UU.: “libro de fuentes” (*sourcebook*) de estadísticas en materia criminal de 1992, pág. 479.

51 “Sourcebook”, pág. 543.

- ix. evitar excesos con la bebida o cualquier uso de estupefacientes, o de sustancias controladas... sin receta médica;
- x. someterse a tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, incluido el tratamiento para el alcohol o la drogodependencia, y, si fuera preciso, permanecer en una institución específica para ese propósito;
- xi. volver a la situación de detención durante las horas indicadas al terminar de trabajar, estudiar o para otros fines limitados.

Naturalmente, muchas de las condiciones arriba mencionadas son casi imposible de supervisar por el tribunal. Por ejemplo, el control del arresto domiciliario (*house arrest* o "*home*" *supervision*, para los tribunales juveniles) sólo podría ser supervisado mediante visitas diarias de agentes judiciales, policiales o del Departamento de Libertad Condicional, que, debido a la persistente sobrecarga de trabajo, son imposibles de realizar. Ello condujo a que recientemente un juez ordenara que un imputado juvenil fuera esposado a su madre, lo que ha sido muy criticado en el país.

Enérgicos abogados defensores frecuentemente buscan, ellos mismos o a través de las agencias de libertad provisional, programas de residencia o ambulatorios para el tratamiento de sus clientes drogadictos o alcohólicos, con el fin de convencer al juez para que los ponga en libertad provisional, y, con suerte, para que se sometan al programa previsto, en el supuesto de que resultasen condenados, como condición de la suspensión de la condena (*probation*).

• **Sanciones en caso de incumplimiento de las condiciones a la libertad provisional.** Si una persona en libertad bajo palabra o bajo condiciones incumple de manera voluntaria su obligación de comparecer ante el tribunal, el juez podrá dictar orden de detención y, una vez detenido el rebelde, agravar las condiciones de la libertad provisional, imponer fianza, o incluso decretar la prisión provisional.<sup>52</sup> Además, la persona podrá ser acusada de desacato como resultado de la vulneración de su promesa de comparecer.

La incomparecencia es también constitutiva de una falta o incluso de un delito, dependiendo de la jurisdicción y del tipo de delito de que se le acusaba en el proceso principal pendiente,<sup>53</sup> o de contumacia.<sup>54</sup> Una pena privativa de

---

52 18 USC § 3.148 (a).

53 La Ley Federal de Reforma de la Fianza del año 1984 señala las siguientes penas privativas de libertad, en el caso de la incomparecencia del acusado: (1) hasta 10 años en los procesos penales en que amenaza la pena de muerte, o una pena privativa de libertad de más de 15 años de duración; (2) hasta 5 años, para penas

libertad basada en la incomparecencia debe cumplirse de manera sucesiva a la pena impuesta por el delito a cuyo enjuiciamiento el condenado dejó de comparecer.<sup>55</sup> Están exentos de responsabilidad criminal aquéllos cuyas incomparecencias fueran debidas a circunstancias ajenas a su voluntad.<sup>56</sup>

c) La libertad provisional bajo fianza

• **Fundamentos constitucionales y legales.** Aunque la determinación de una caución, que será ejecutada en el caso de que el imputado no comparezca, en forma de dinero en metálico, propiedades o un contrato de fianza se encuentra legalmente prevista en la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas,<sup>57</sup> la práctica de la libertad bajo fianza fue considerada de tal importancia por los Fundadores de la Unión que la VIIIª Enmienda a la Constitución de los EE.UU. establece: “no podrá imponerse una fianza excesiva”.

El derecho a la libertad provisional está condicionado a que el imputado aporte una garantía adecuada para asegurar su comparecencia en el juicio y el acatamiento de la sentencia, si es declarado culpable. La práctica de exigir un afianzamiento de esas obligaciones (*bail bond*) o una suma de dinero sujeta a adjudicación del Estado (*forfeiture*) opera como garantía adicional a la presencia del imputado. Una fianza fijada en una suma superior a una cantidad razonablemente calculada para cumplir este propósito es “excesiva según la VIII Enmienda”.<sup>58</sup>

La prohibición constitucional de exigir una fianza excesiva (*Bail Clause*) está basada, con leves cambios, en la Carta Magna inglesa de 1688, y nunca ha sido declarada absoluta.<sup>59</sup>

---

privativas de libertad de más de 5 años; (3) hasta 2 años en procesos por otros delitos; y (4) hasta un año si se trata de una falta. 18 USC § 3.146 (b) (1) (A) (i-iv).

54 18 USC § 3.148 (c), refiriéndose a 18 use § 401, que señala penas privativa de libertad.

55 18 USC § 3.146 (b) (2).

56 18. USC § 3.146 (c).

57 18 USC § 3.142 (e) (B) (xi, xii). Según la legislación federal, la fijación de la fianza está considerada como una de las “condiciones” a la libertad provisional y puede exigirse junto con cualquiera de las otras condiciones del 18 USC § 3.142 (e) (B), antes examinadas.

58 *Stack v. BOYLE*, 342 US 1,4-5 (1951).

59 En 1952, el TS decidió que la prohibición de “fianzas excesivas” prevista en la VIII Enmienda no fuera interpretada como un “derecho” a la posibilidad de libertad provisional bajo fianza *Carlson. v. Landon*, 342 US 524, 545, 556 (1952).

Una fianza no es constitucionalmente excesiva por el mero hecho de que el imputado sea incapaz de abonarla,<sup>60</sup> y el tribunal no necesita establecer qué otros tipos de fianza son inadecuados antes de fijar la fianza económica para una persona indigente.<sup>61</sup> Aunque la ley federal 18 USC § 3.142 (c) establece que un juez “no puede imponer una condición económica que suponga la prisión provisional del imputado”, una fianza de 1.000.000 \$ fue mantenida por un tribunal federal de segunda instancia, apoyándose en la siguiente motivación:

*La ley no exige que un imputado pueda entregar “con facilidad” la cantidad de la fianza. La finalidad de la fianza se vería vulnerada a no ser que la pérdida de la suma depositada produjera un grave daño al imputado y a su familia; el daño debe ser tan serio que el imputado optará por comparecer en lugar de huir. Ello implica que un tribunal debe ser capaz de inducir al imputado para que haga todo lo posible para reunir los fondos requeridos, sin vulnerar la condición del § 3.142 (c).<sup>62</sup>*

La citada disposición ha sido también interpretada de manera que permite la imposición de una fianza en una cantidad superior a las posibilidades del imputado, si ésta es la única manera de asegurar su comparecencia ante el tribunal.<sup>63</sup>

Procesalmente, una vez que el juez resuelve en el sentido de denegar la libertad provisional bajo palabra, y establece que la fijación de una fianza es adecuada, determinará, después de oír las alegaciones del abogado defensor y del fiscal, la cantidad que ha de entregar al tribunal, ya consista en metálico, en propiedades o en un contrato, y que será adjudicada al Estado si el imputado no comparece al ser llamado a juicio.

Según una investigación de la práctica en los tribunales federales, la fianza era inferior a 5.000 \$ en la mitad de los casos en que el juez exigía una condición

---

60 HODGDON v. *United States*, 365 F. 2d 6.579 (8th Cir. 1966).

61 *Pugh* v. RAINWATER, 572. F. 2d 1.053 (Sth Cir. 1978). El imputado mantuvo que la fijación de una fianza para un indigente sería lo mismo que una orden de prisión provisional; el tribunal, en una primera audiencia compuesta por tres magistrados, admitió esa tesis ordenando la realización de una investigación sobre la libertad provisional sin condiciones económicas antes de determinar una cantidad para la fianza *Pugh* v. RAINWATER, 557 F. 2d 1189 (5th Cir. 1977). Sin embargo, el pleno revocó la decisión y rechazó el argumento del imputado.

62 *United States* v. SZOTT, 768 F. 2d 159 (7th Cir. 1985).

63 *United States* v. MCCONNELL, 842 F. 2d 105 (5th Cir. 1988).

económica para la libertad provisional, y en el 15 por 100 de los casos superior a 20.000 \$. Solamente el 32 por 100 de los imputados con una fianza superior a 20.000 \$ conseguían reunir la cantidad suficiente como para gozar de la libertad provisional. Cuando la cantidad de la fianza era menor de 2.500 \$, el 80 por 100 de los imputados podían beneficiarse de la libertad provisional durante su enjuiciamiento.<sup>64</sup>

Un estudio comparativo de la práctica en los tribunales federales y estatales realizado en 1990 revelaba una mayor preferencia de los tribunales de los Estados de exigir una caución con garantías económicas reales (el 38 por 100 de los casos, contra el 26 por 100 en los tribunales federales), de poner en libertad bajo promesa sin otras garantías (40 por 100 contra 21 por 100 en los tribunales federales), o con condiciones no económicas (12 por 100 contra 4 por 100 en los tribunales federales). Mientras que los tribunales federales optan por ordenar la libertad provisional bajo una fianza sin garantía real (en el 50 por 100 de los casos, contra solamente el 8 por 100 en los tribunales de los Estados).<sup>65</sup>

• **Fianza real o económica.** En el proceso penal, la fianza real o la económica es depositada en relativamente escasas ocasiones. Salvo los imputados por delitos de “cuello blanco”, o los ocasionales supuestos de conducción bajo los efectos del alcohol, la gran mayoría de los imputados carecen de medios económicos o de bienes suficientes para satisfacer la cantidad de la fianza, e incluso la familia de algunos imputados teme aportar sus bienes como fiadores, a riesgo de perderlos si el imputado no comparece ante el tribunal. Las leyes norteamericanas, extremadamente estrictas, que prevén el decomiso de bienes procedentes del narcotráfico o de la criminalidad de “cuello blanco”, han hecho todavía más difícil para los imputados por estos delitos el uso de sus bienes de origen ilícito para asegurar su libertad provisional.

Procesalmente, el tribunal ha de convencerse de que la persona que ofrece los bienes sea su verdadero dueño y de que su valor, deducidos sus gravámenes, alcanzarían la suma de la fianza, de ser adjudicada al Estado.<sup>66</sup> En California,

---

64 Ministerio de Justicia norteamericano, Departamento de Estadísticas en materia judicial. Libertad Provisional de imputados por delitos, 1988, citado en COHEN, Neil P./HALL, Donald J., *Criminal Procedure: The Post-Investigative Process*, Charlottesville, Virginia. 1995, págs. 79-80.

65 Ministerio de Justicia norteamericano, Departamento de Estadísticas en materia judicial. Libertad Provisional de imputados por delitos federales, febrero 1994.

66 18 USC § 3.142 (c) (B) (xi).

el valor de los inmuebles ofrecidos como fianza debe equivaler al doble de la cantidad requerida para la fianza, garantizando la comparecencia del imputado.<sup>67</sup> En algunos Estados es preciso que el dueño de los bienes inmuebles transmita el título de la propiedad al funcionario judicial (*deed of trust*); mientras que en otros Estados el fiador habrá de transmitir el título de propiedad de los inmuebles al tribunal con una declaración bajo juramento (*quitclaim deed*), que operará como garantía de la comparecencia del imputado ante el tribunal.<sup>68</sup>

• **Contratos de fianza.** En lugar de depositar la cantidad total de la fianza en forma de bienes o de dinero en el tribunal, el imputado puede formalizar un “contrato de fianza” (*bail bond*), basado en bienes acreditados y de valor suficiente para afrontar la fianza y su adjudicación al Estado, si el imputado no compareciera.<sup>69</sup> Sin embargo, por los mismos motivos que la mayoría de los imputados no pueden hacer frente a la constitución de la totalidad de la fianza, la mayoría tampoco pueden formalizar contratos de fianza cuando carecen de propiedades. Este hecho ha provocado el nacimiento en los EE.UU. del negocio del “fiador judicial profesional” (*bail bondsman*), empresarios privados, a menudo apoyados económicamente por compañías financieras o de seguros, que realizarán contratos de fianza a favor de los imputados a cambio del pago no reembolsable del 10 por 100 de la suma de la caución.<sup>70</sup> Los *bondsmen* tienen una historia pintoresca y controvertida en los EE.UU. debido principalmente a la facultad que ostentan de detener y de llevar ante el tribunal a los imputados que han fiado, si incumplen su obligación de comparecer.<sup>71</sup>

Aunque la mayoría de los Estados, y el sistema federal, todavía permiten el negocio de los *bondsmen*, nuevas leyes y corrientes jurisprudenciales han conseguido reducir el monopolio de los *bondsmen* sobre los contratos de fianza.<sup>72</sup> Según estas normas y la jurisprudencia, el imputado puede depositar el 10 por 100 de la suma del contrato de fianza en el tribunal y, si el

---

67 CP de California § 1.298.

68 COHEN/HALL, cit., pág. 79.

69 18 USC § 3.142 (c) (B) (xii).

70 *La Fave/Israel*, cit., pág. 599.

71 Todavía hoy la ley federal ampara la potestad del fiador de detener y llevar ante el tribunal a sus clientes rebeldes (18 use § 3.149). La privatización ‘de la función pública del arresto, la transferencia de la potestad jurisdiccional al “bondsman”, han sido objeto de duras críticas. WHITEHREAD/sLOBOGIN, oc., pág. 492.

72 En algunos Estados, el negocio de “bail bondsmen” ha sido totalmente erradicado. COHEN/HALL, pág. 77.



imputado cumpliera su obligación de comparecer ante el tribunal, éste guardaría solamente la décima parte del 10 por 100 abonado en concepto de gastos de gestión. El sistema de fianzas administradas por el tribunal (*deposit bonds*) en el Estado de Illinois fue recurrido sin éxito por vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley, garantizado por la XIV Enmienda a la Constitución, ya que el imputado con medios económicos podía depositar la cantidad de la fianza en efectivo y no perder ese 1 por 100, a diferencia de otros imputados en peor situación o del declarado pobre.<sup>73</sup>

• **Consecuencias de la incomparecencia: la ejecución de los bienes o del contrato.** Si una persona no comparece ante el tribunal según lo especificado y no justifica la imposibilidad de cumplir con dicha obligación, habiendo aportado una caución sin garantía real<sup>74</sup> o depositado bienes o un contrato de fianza con caución real en el tribunal, el juez podrá ejecutar tales bienes o adjudicar el dinero al Estado.<sup>75</sup> En los casos de fianzas hipotecarias o de bienes inmuebles, se procederá por la vía de apremio contra los bienes del fiador hasta hacer efectiva la totalidad de la fianza.

### 3. La prisión provisional

#### a) Introducción

En los tribunales federales, el juez, antes de decretar la prisión provisional, emplazará a las partes a una audiencia con ese fin de carácter contradictorio en la que el imputado tiene el derecho de estar asistido por el Letrado de su elección o por un abogado de oficio, si es declarado pobre. El imputado tiene derecho a proponer medios de prueba, incluidas las declaraciones testificales y la suya propia. El Derecho probatorio (como las reglas contra la admisibilidad de testimonios de referencia o “de oídas”) no se aplica de forma tan rigurosa en la audiencia como en el juicio oral. La decisión del magistrado de que ninguna condición o combinación de condiciones de la libertad provisional podrán racionalmente garantizar la comparecencia del imputado, o la seguridad del público

---

73 El TS rechazó el recurso de inconstitucionalidad de dicha ley, manteniendo que el imputado rico también pagaría muchas veces el 10 por 100, para invertir la cantidad restante de manera bastante más rentable durante la tramitación del proceso. *Schild v. KUEBEL*, 404 US 357 (1971).

74 18 USC § 3.146, (d).

75 18 USC § 3.142 (f).

o de otras personas, deberá basarse en prueba plena (*clear and convincing evidence*).<sup>76</sup> Aunque la ley no especifica la medida o cantidad de prueba necesaria para determinar que el imputado se sustraerá a la acción de la justicia, la jurisprudencia de los tribunales federales de apelación exigen la existencia de una prueba concluyente (*preponderance of the evidence*).<sup>77</sup>

El fiscal podrá solicitar la prisión provisional en casos de delitos violentos,<sup>78</sup> de delitos cuya pena máxima sea la muerte o cadena perpetua,<sup>79</sup> delitos de tráfico de estupefacientes que tengan señalados una pena privativa de libertad igual o superior a 10 años,<sup>80</sup> o cualquier otro delito, si el acusado tiene dos o más condenas anteriores por delitos violentos, tráfico de drogas u otros delitos que tengan señalados la pena de muerte o cadena perpetua.<sup>81</sup> El juez, de oficio o a petición del fiscal, puede también decretar la prisión en cualquier otro supuesto si hay un fundado peligro de fuga,<sup>82</sup> de obstrucción a la justicia, o de amenazas, lesión o intimidación a los testigos o al jurado.<sup>83</sup>

En los casos previstos por ley federal 18 USC §.3.142 (f) (1), existe una presunción “iuris tantum” (*rebuttable presumption*) de que ninguna condición o combinación de condiciones podrán garantizar razonablemente la seguridad de cualquier otra persona o de la comunidad cuando el imputado ha sido condenado por los delitos previstos en la disposición citada [18 USC § 3.142 (f) (1)]<sup>84</sup> por un tribunal estatal o federal, el delito anterior fue cometido cuando el imputado se encontraba en libertad provisional durante el enjuiciamiento del delito federal o estatal<sup>85</sup> y no han transcurrido más de cinco años desde la fecha de la condena, o de la libertad del imputado después del cumplimiento de su sentencia.<sup>86</sup> Dicha presunción de que ninguna condición o combinación

---

76 18 USC § 3.142 (f).

77 *United States v. PORTES*, 786 F. 2d 758 (7th cit. 1985); *United States v. FORTNA*, 769 F. 2d 243 (5th Cir. 1985); *United States v. MOTAMEDI*, 767 F. 2d 1.403 (9th Cir. 1985).

78 18 USC § 3.142 (f) (1) (A).

79 18 USC § 3.142 (f) (1) (B).

80 18 USC § 3.142 (f) (1) (C).

81 18 USC § 3.142 (f) (1) (D).

82 18 USC § 3.142 (f) (2) (A).

83 18 USC § 3.142 (f) (2) (B).

84 18 USC § 3 142 (e) (1).

85 18 USC § 3.142 (e) (2)

86 18 USC § 3.142 (e) (3).

de condiciones garantizarán la comparecencia del imputado y la seguridad de la comunidad existe en todos los casos en los que el imputado es acusado de haber cometido un delito de narcotráfico incluido en las disposiciones del 18 USC § 3.142 (f) (1) (C).<sup>87</sup>

En los tribunales federales, esta vista sobre la procedencia de la prisión provisional tiene lugar durante la primera comparecencia del imputado ante el tribunal, a no ser que el acusado o el fiscal solicite un aplazamiento.<sup>88</sup> El auto de prisión deberá reflejar por escrito la relación de hechos probados y las razones de la detención.<sup>89</sup>

El fiscal podrá recurrir el auto de libertad provisional dictado por un juez federal<sup>90</sup> ante el *United States District Court* o Tribunal Federal de Primera Instancia, y el imputado podrá recurrir el auto de prisión ante el mismo tribunal.<sup>91</sup> En la vista del recurso de apelación, el tribunal podrá basar su resolución en las pruebas aportadas en la anterior audiencia de la detención, o acordar una audiencia posterior para practicar nuevas pruebas o celebrar una completamente nueva según el 18 USC § 3.142 (f).<sup>92</sup> La resolución del *US District Court* podrá ser apelada por el fiscal o el imputado ante el *US Court of Appeals* o Tribunal Federal de Apelación.<sup>93</sup>

Un estudio práctico realizado un año antes y al año siguiente de la promulgación de la Ley Federal de Reforma de la Fianza de 1984 develó un incremento de la tasa de imputados en prisión provisional del 24 al 29 por 100. En el

---

87 18 USC § 3.142 (e).

88 Aunque 18 USC § 3.142 (f) admite aplazamientos de hasta cinco días para el acusado y de tres para el fiscal, el acusado no será puesto en libertad si el magistrado no le reconoce su derecho a una audiencia sin demora. Así, en el asunto *United States v. MONTALVO-MURILLO*, 495 US 711 (1990), el magistrado convocó la audiencia 13 días después de la detención del acusado.

89 18 USC § 3.142 (i) (1).

90 18 USC § 3.145 (a) (1).

91 18 USC § 3.145 (b).

92 *United States v. PORTES*, *supra*; *United States v. FORTNA*, *supra*; *United States v. MAULL*, 773 F. 2d 1.479 (8th Cir. 1985).

93 18 USC § 3.145 (c); 28 USC § 1.291; 18 USC § 3.731. La mayoría de los tribunales federales de apelación tienden a admitir la determinación de los hechos realizada por los órganos judiciales de primera instancia salvo error evidente, pero se reservan el derecho a hacer una "valoración independiente" de la cuestión. *United States v. Portes*, *supra*; *United States v. Perry*, 788 F. 2d 100 (3d Cir. 1986).

año 1983, sin embargo, el 22 por 100 permanecían detenidos al no poder reunir la cantidad de la fianza y solamente el 2 por 100 por haberse acordado la prisión provisional. En el año 1985, la prisión provisional fue ordenada en el 19 por 100 de los casos, y solamente el 10 por 100 permanecían encarcelados por no poder afrontar la fianza.<sup>94</sup>

En el año 1989 se señalaron audiencias relativas a la prisión provisional en, aproximadamente, el 35 por 100 de los procesos federales. El resultado fue la prisión provisional en el 74 por 100 de las audiencias.<sup>95</sup> En los tribunales de los Estados, sin embargo, la prisión provisional fue tan sólo decretada en el 6 por 100 de los casos por delitos.<sup>96</sup>

b) Límites temporales a la prisión provisional

“El Derecho constitucional del imputado a un juicio sin dilaciones indebidas, garantizado por la VI Enmienda a la Constitución, ha sido recogido en las leyes de la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas en forma de breves plazos en los que ha de celebrarse el juicio oral.<sup>97</sup> Aunque el imputado no renuncie a su derecho de ser juzgado dentro de esos plazos legales, resulta casi imposible una prisión provisional de duración excesivamente prolongada en los EE.UU. En California, al igual que en el sistema federal, el caso habrá de sobreseerse si el juicio oral no comienza a los 90 a 100 días siguientes a la detención.<sup>98</sup>

---

94 Ministerio de Justicia EE.UU., Departamento de Estadísticas Judiciales, Informe Especial (febrero de 1988), citado en Kamisar/La Fave/Israel, pág. 877.

95 Sourcebook, pág. 479.

96 Sourcebook, pág. 533.

97 En la mayoría de los Estados, el juicio oral ha de celebrarse en los 30, 60 ó 90 días siguientes a la primera comparecencia, ante el tribunal superior. FRANKOWSKI/ZUEPKE, pág. 74.

98 La primera comparecencia después de una detención ha de celebrarse, a más tardar, en el siguiente día hábil a la detención (Proceso Penal Federal 5 (a); CP Cal. § 825). La audiencia preliminar tendrá lugar a los 10 días hábiles siguientes a la primera comparecencia [Proceso Penal Federal 5 (c); CP Cal. § 859 (b)]. De dictarse auto de apertura del juicio oral (*holding order*) después de la audiencia preliminar, la primera comparecencia del acusado en el tribunal superior tendrá lugar en 15 días [en los tribunales federales, el fiscal tiene que presentar la acusación *formal-indictment* del Gran Jurado o *information* del fiscal- en un plazo máximo de 30 días desde la detención del imputado –18 USC § 3.161 (b)–]. El juicio oral habrá de celebrarse en un plazo de 60 días naturales desde la primera comparecencia con Letrado ante el tribunal superior en California (CP Cal. § 1.049.5), y dentro de 70 ó 30 días desde la formalización de la acusación o desde la primera comparecencia con Letrado en los tribunales federales, respectivamente –18 USC § 3.161 (c)–. Si el fiscal retira la

Sin embargo, la ley federal concede al magistrado la facultad de ordenar un aplazamiento “sine die” del juicio oral mediante resolución motivada, cuando “el interés de la justicia alegada en la solicitud (de aplazamiento) es mayor que el interés del público y del imputado a un juicio sin dilaciones”.<sup>99</sup>

En los tribunales federales tampoco existe un límite temporal entre el veredicto del jurado (o la confesión de culpabilidad, tras el “regateo” del *plea-bargaining*) y el fallo; en la práctica, transcurren una media de 88 días hasta el pronunciamiento de la sentencia.<sup>100</sup> La ley de California prevé un plazo de caducidad de 28 días entre la determinación de la culpabilidad y lectura de la sentencia.<sup>101</sup>

El plazo medio de duración de un proceso penal por delito grave ante los tribunales federales era, en 1992, de aproximadamente cinco meses desde la primera comparecencia hasta la sentencia.<sup>102</sup> En 1990, el proceso penal en los tribunales de los Estados duraba una media de 208 días en casos de “plea-bargaining”, 207 días en casos de juicio sin jurado,<sup>103</sup> y 264 días en casos de juicio con jurado.<sup>104</sup> La prisión provisional venía a durar 80 días en el año 1989.<sup>105</sup> En 1988, la prisión provisional duraba más de 120 días en la mitad de los casos, y más de 6 meses en el 20 por 100 de los procesos.<sup>106</sup>

### c) Constitucionalidad de la prisión provisional

A pesar de que el TS haya declarado que la prisión provisional basada en el peligro para la comunidad no tiene el carácter de “pena” anterior a la sentencia, contraria al derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en

---

acusación ante la imposibilidad de cumplir los plazos legales, podrá volver a presentarla, una vez cumplidos todos los susodichos trámites, con sus plazos –18 USC § 3.163 (d) (1)–. En California, la ley permite una sola repetición de todo el proceso.

99 18 USC § 3.161 (h) (8) (a).

100 Informe Anual del Director de la Oficina Administrativa del Tribunal de los EE.UU., en: *Reports of the Proceedings of the Judicial Conference of the United States*. Washington, DC 16 de marzo de 1992 y 22 de septiembre de 1992. Washington, 1993 (Informe Anual, 1992), pág. 68.

101 CP Cal. § 1.191.

102 Informe Anual, 1992, pág. 67.

103 En los EE.UU., el acusado puede renunciar a su derecho a un tribunal de jurado y ser juzgado por un magistrado profesional.

104 Sourcebook, pág. 530.

105 Sourcebook, pág. 479.

106 FRANKOWSKI/LUEPKE, pág. 94.

la V y XIV Enmiendas a la Constitución de los EE.UU., sí ha subrayado que “hay un límite pasado el cual la prisión provisional en un caso concreto podría prolongarse demasiado y, por tanto, convertirse en una “pena”, en relación con el objetivo regulador del Congreso”.<sup>107</sup>

El TS también ha declarado que, no obstante su pronunciamiento en contra de 1951,<sup>108</sup> la presunción de inocencia tan sólo opera para repartir la carga de la prueba entre la acusación y , la defensa en el juicio oral, no teniendo aplicación alguna en la determinación de los derechos de un detenido con anterioridad al juicio oral.<sup>109</sup>

Sin embargo, los tribunales federales han reconocido que, en ciertos casos, la prisión provisional puede vulnerar el derecho de defensa del imputado, especialmente cuando de su libertad depende hallar los medios de prueba pertinentes para su defensa.<sup>110</sup>

---

107 *United States v. Salema*, 481 US 739, at 747, fn. 4 (1987). Por ejemplo, en un caso en el que el imputado fue detenido durante 10 meses y el día señalado para el juicio oral tuvo lugar 5 meses más tarde, un tribunal federal de apelación exigió una nueva audiencia para examinar la conveniencia de la extensión de la prisión provisional. *United States v. Hare*, 873 F. 2d 796 (5th Cir. 1989). Otro tribunal federal de apelación, sin embargo, decidió que una prisión provisional superior a 10 meses no viola el derecho a un debido proceso. *United States v. Gelfuso*, 838 F. 2d 358 (9th Cir. 1988).

108 *Stack v. Boyle*, 342 US 1 (1951): “Si no se conserva el derecho a la libertad provisional con fianza antes del juicio oral, la presunción de inocencia, conseguida solamente después de siglos de lucha, perdería su sentido”.

109 *Bell v. WOLFISH*, 441 US 520 (1979).

110 Cfr. *Kinney v. Lenon*, 425 F. 2d 209 (9th Cir. 1970); el detenido sostuvo que no podía identificar ni con la descripción, ni con los apellidos a los testigos oculares del caso. En ese supuesto, la solución no tendría porque pasar necesariamente por la libertad provisional, sino por una libertad bajo control de la policía judicial durante un plazo limitado para buscar a los testigos. *United States v. REESE*, 463 F. 2d 830 (DC. Cir 1972).

## V. Conclusión

Los jueces norteamericanos acuerdan o mantienen la detención proporcionalmente a más sospechosos de delitos que en ningún otro país del mundo.<sup>111</sup> Gran parte de ellos permanecen encarcelados por auto de prisión provisional o por su incapacidad de conseguir la fianza, “conditio sine qua non” para lograr la libertad provisional.

El estado de muchas de las cárceles municipales, que albergan a la gran mayoría de los detenidos en espera de juicio oral, es terrible y a menudo peor que las prisiones estatales, donde los reos cumplen sus condenas privativas de libertad.<sup>112</sup> A veces, la auténtica motivación a la libertad sin fianza o con una fianza baja se encuentra en la falta de espacio en las cárceles superpobladas de los condados estatales.<sup>113</sup>

El resultado es que los imputados en situación de libertad provisional en los Estados violan seis veces más las condiciones a su libertad que en el sistema federal.<sup>114</sup>

Aunque el desarrollo de las leyes que permiten la prisión provisional ha eliminado la necesidad de acudir a la práctica de fijar una cantidad de fianza más allá de las posibilidades del imputado para forzar indirectamente la prisión provisional, la crisis de las prisiones y cárceles norteamericanas necesita de una continua creación de métodos alternativos para garantizar la comparecencia de los imputados en los procesos penales. ❖

---

111 En 1994, un millón y medio de personas permanecían en prisión en las cárceles y prisiones federales y de los Estados. *Butterfield. Fox*. “More in US Are in Prisons, Report Says”. *New York Times*, 10 de agosto de 1995, pág. A7.

112 FRANKOWSKI/LUEPKE, págs. 75-76.

113 Por ejemplo, los tribunales de la ciudad de St. Louis, Missouri, donde superviso un programa con estudiantes en la Oficina del Fiscal, ordenan la libertad provisional en casi todos los casos de tráfico de drogas debido a la falta de espacio en la cárcel, mientras que en el Condado de Alameda, California, donde trabajé como fiscal en los años 1976-1987, la mayoría de los imputados en casos semejantes permanecían en prisión hasta el juicio oral.

114 El 18 por 100 en los tribunales de los Estados contra el 3 por 100 en los tribunales federales. Ministerio de Justicia de los EE.UU. Departamento de Estadísticas Judiciales. *Libertad Provisional de Imputados por Delitos*, febrero, 1994.





# La acción penal en el ordenamiento salvadoreño: un estudio dogmático

Julio Pérez Gil

Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Burgos, España

## I. La acción penal: caracteres generales

### 1. Derecho de acción y acción penal

El CPrPn<sup>1</sup> salvadoreño habla con frecuencia de “acción penal” para referirse, por ejemplo, a sus modalidades, a su ejercicio, a sus formas de extinción, etc. Sin embargo, en todo su texto no puede encontrarse una sola definición de lo que haya de entenderse englobado en aquel término. Esta ausencia de concreción legal es por otra parte común en el derecho comparado, por lo que los intentos de análisis de ese concepto, de su contenido y sus características en los diferentes sistemas han ido formando un específico y amplísimo cuerpo de doctrina que no es todo lo esclarecedor que cabría desear. Con el ánimo de centrarnos exclusivamente en los elementos que pudieran revestir interés con el fin de entender la regulación que el ordenamiento procesal salvadoreño dedica a la acción penal, expondremos a continuación algunos de los aspectos más destacables sobre la materia.<sup>2</sup>

---

1 Nos serviremos principalmente de las siguientes siglas: CADH: Convención Americana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969); CN: Constitución Nacional; CPn.: Código Penal; CPrPn: Código Procesal Penal de la República de El Salvador; DADDH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948); DUDH: Declaración Universal de los Derechos del Hombre; PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2 Un amplio panorama histórico y actual de teorías, críticas y respuestas a la cuestión de la “acción penal” en el derecho comparado, con especial atención al ordenamiento español, puede encontrarse en mi trabajo PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Granada 1998, *passim*.

Con las salvedades que toda definición apresurada requiere y desde su incardinación constitucional, la *acción* puede ser entendida como el derecho de todas las personas a reclamar la tutela efectiva de los órganos jurisdiccionales en relación con aquellos intereses que se afirmen legítimos, así como de obtener procesalmente una respuesta motivada a esa petición.<sup>3</sup> Debemos enfrentarnos en primer lugar, por tanto, a la cuestión de si, en alguna medida, el derecho de acción, uno de los tres pilares sostenedores del complejo entramado *Justicia*,<sup>4</sup> posee un vínculo directo con la “acción penal”, con la cual comparte denominación.

La discusión en torno a la acción surgió durante el siglo XIX en Alemania con la teorización de los derechos subjetivos y la exaltación del individuo y la soberana libertad dimanante de su voluntad. La evolución del concepto de acción hacia el derecho público llega en un momento posterior, pero siempre sobre la base del mismo término de origen romano (*actio*).<sup>5</sup> Por tratarse la acción de un concepto eminentemente dogmático, su estudio ha sobrepasado las fronteras delimitadas por los singulares sistemas de derecho positivo, con la intención de abrir un espacio común en todos ellos. No obstante han de traerse a colación las célebres palabras de CALAMANDREI advirtiendo de la relatividad del concepto de acción, a su juicio carente de vigencia universal, y que ni siquiera sería adaptable a todas las formas de actuación de los derechos en un mismo ordenamiento jurídico.<sup>6</sup> Esta ha sido una de las razones

---

3 Vid. su manifestación también en textos internacionales, que debemos aquí recordar, tales como el 10 DUDH (*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*); 14 PIDCP (*...toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*); XVIII DADDH u 8.1 CADH (*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*).

4 Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, pp. 24 y ss.

5 Conocido es que la distinción entre acción y derecho material, así como la relación entre ambas, es considerada como uno de los puntos de partida de la relativamente moderna ciencia procesal y que el desdoblamiento entre lo que consideramos derecho procesal y el llamado “derecho sustantivo” constituye uno de los extremos determinantes de aquella disociación.

por las que se ha afirmado que el problema de la acción se resolvería en su propia historia, o mejor, en la historia de sus múltiples y mutables concepciones, identificándose enteramente en ésta, con todas sus inherencias, sus conexiones, sus condicionamientos, sus retornos y sus caídas. De ahí que en sentido ontológico dentro de esta cuestión no habría nada de real, efectivo o concreto, sino el modo en que tal concepto ha sido extraído, formulado, definido, empleado, discutido, exaltado o negado.<sup>7</sup> De ello cabría inferir que, puesto que existen tantas formas posibles de entender la acción cuantos sistemas procesales, se debería negar la vigencia de un concepto de ésta como fórmula reconstructiva universalmente válida.<sup>8</sup> El relativismo histórico y conceptual sería así de tales dimensiones que el problema de la acción debería considerarse irreal, sin que cupiera concebir una sola solución para él.<sup>9</sup>

La acción ha representado históricamente también una de las premisas sobre las formulaciones conceptuales del proceso penal. Pero si el intento de elaborar un concepto universalmente válido de acción es ciertamente difícil en sede civil, la búsqueda de un concepto de acción en el que cupieran los datos

- 
- 6 CALAMANDREI, P., "La relatività del concetto d'azione", *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1939, I, pp. 22-46 y en *Opere Giuridiche I*, Nápoles 1965, p. 431. Existe traducción de SENTÍS MELENDO, S.: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires 1945, pp. 137 y ss. ALCALÁ-ZAMORA se refería certeramente a una *hipertrofia formal con respecto a la acción*, que se habría manifestado constantemente en el carácter exageradamente historicista y teórico de un buen número de ensayos, con todo el brillo y la intrascendencia de los fuegos de artificio (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción", publicado en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires 1946 y en *Teoría General e historia del Proceso*, 1945-72, México 1974, p. 328). Vid. también FAIRÉN GUILLÉN, V., Voz "Acción" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona 1975, T. II, p. 192 y "De nuevo sobre el concepto de acción y pretensión", *RDProc* 1988, nº 1, pp 12 y ss., para quien la exposición de tanta teoría dispar sobre la acción sería *calumniosa* para la ciencia procesal, constatando su carácter relativo y no absoluto y su incardinación en el derecho político.
- 7 ORESTANO, R., Voz "Azione (in generale)", *Enciclopedia del Diritto*, Milán 1959, p. 853 y *Azioni, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978, p. 85. Vid. en especial en esta última obra el catálogo recopilatorio de la ingente e inabarcable cantidad de bibliografía producida en Europa a lo largo de la historia sobre el tema de la acción. (pp. 101 a 111). A la vista de ello y tal como se ha dicho, las teorías sobre la acción son tantas como autores (SATTA) o como las noches de las leyendas: mil y una y todas maravillosas.
- 8 Cfr. LALLA, P., *Il concetto legislativo di azione penale*, Napoli 1966; VALENTINI REUTER, C., *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova 1994, p. 5.
- 9 ORESTANO, R., *Azioni, diritti soggettivi, persone giuridiche*, op. cit. p. 85.

normativos propios del proceso penal se ha revelado con frecuencia no sólo imposible, sino también intrascendente por carecer de utilidad práctica. Hoy por hoy lo destacable entre quienes nos enfrentamos a la cuestión es bien la resignación y renuncia a tal construcción, bien el acarreo de proteiformes aportaciones dogmáticas en muchas ocasiones relativas al proceso civil y que no siempre encajan correctamente en los sistemas procesales penales o bien el apego a los textos normativos interpretados sistemáticamente. Todo ello viene a impedir frecuentemente una concepción uniforme de lo que sea la acción, pero nos sitúa en una posición óptima para obtener conclusiones provechosas. Es este último punto de partida el que hemos asumido para la observación de los preceptos dedicados a la acción penal en el CPRPn salvadoreño, el cual, como veremos, ha optado por una miscelánea de significados diversos arrojados bajo el mismo término.

En el ámbito penal, el mérito del aislamiento como concepto autónomo de la noción de acción corresponde a BINDING, que la definió en 1884 como un derecho público independiente del derecho de penar, dirigido no sólo al culpable sino también al inocente, arrojando luz sobre la hoy incuestionable separación entre *ius puniendi* y *acción penal*. Ésta última sería según su criterio el derecho público a la constitución de la relación jurídico procesal y a la terminación de la misma por sentencia o, dicho de otro modo, la acción consistiría sólo un medio de que se dota el Estado para hacer valer su exigencia punitiva.<sup>10</sup> Por otra parte, no se trataría de un derecho subjetivo de ningún sujeto particular, puesto que su titularidad sería siempre estatal y el Fiscal o el querellante privado tendrían sólo el carácter de representantes del Estado mismo.<sup>11</sup> A esta concepción se fueron superponiendo con el tiempo y en diferentes lugares otras, que tomaron en cuenta la existencia de sujetos quienes, junto a la fiscalía, poseían facultades activas en la persecución penal.

---

10 La posición de BINDING fue sintetizada y expuesta magistralmente por GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, y en "Derecho Judicial Material (pretensión de tutela jurídica y derecho penal)", *RDProc. (Arg.)*, 1946, T. I, pp. 18 y ss., como traducción de "Materielles Justizrecht", aparecido en 1905 en el homenaje a B. HÜBLER así como también por GÓMEZ ORBANEJA en sus *Comentarios a la LECrim...*, op. cit. pp. 167 y ss.

11 De esta visión plenamente pública del proceso penal, sin intervención activa de los particulares, dimanaba el rechazo de una concepción de la acción conducente de cualquier forma a atribuir un papel activo a particulares en la acusación, lo cual constituiría un sistema intrínsecamente perverso e inadmisibles por anacrónico. BINDING llegó a definir la posibilidad de instaurar la acusación popular como una "desgracia nacional" (*nationale Unglück*) y temía que en caso de aprobarse en Alemania

En Italia cabe destacar el esfuerzo realizado por CARNELUTTI con su intento de elaborar un concepto unitario de litis,<sup>12</sup> aun cuando el propio autor terminara por reconocer en el concepto de acción penal solamente una “superstición”: ...el ‘*ne procedat iudex ex officio*’ extendido del proceso civil al proceso penal (...) La acción no puede ser más que un derecho subjetivo, y el derecho no puede ser un deber.<sup>13</sup> Otros autores italianos, entre los que destaca LEONE, sí llegan a admitir cierto predicamento al concepto de acción en el proceso penal, pero destacando que su fatigosa elaboración en el derecho procesal civil sólo podría aspirar a constituir una plataforma para fijar premisas con las que determinar el concepto de acción penal. Para el resto de la problemática que el tema suscita, constataba este autor que nos encontraríamos ante dos realidades absolutamente diversas.<sup>14</sup> Las razones de tan escéptica visión podrían situarse en la imposibilidad de equiparar o siquiera comparar los respectivos territorios de investigación, motivada por un lado por la compenetración entre acción civil y derecho material subyacente y, por otro, por el carácter de la acción penal como demanda de decisión enlazado con una obligación estatal más que con un derecho de los particulares.<sup>15</sup>

En los últimos años ha vuelto a ser parcialmente aceptado el concepto de acción penal en Italia, y lo ha sido sobre unas premisas que entendemos demasiado relativizantes respecto al originario punto de partida, devaluándolo de su configuración dogmática para dejarlo en un plano solamente normativo más apto para su aplicación. A tenor de ellas, el contenido esencial de la

---

volvieran los más corruptos tiempos de la República y el Imperio Romano por la cantidad de acusaciones fraudulentas que se producirían. BINDING, K., “Drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts”, 1876, publicado en *Abhandlungen*, T. II, p. 12. Posteriormente calificó además a la acción privada subsistente en la StPO como un inadmisibles anacronismo que debería ser rechazado. BINDING, K., “Der Entwurf einer neuen StPO”, *GS* 74 (1909) p. 43.

- 12 CARNELUTTI, F., “Saggio di una teoria integrale dell’azione”, *Riv. Dir. Proc.* 1946, pp. 7 y ss. y en *Questioni sul Processo Penale*, Bolonia 1950. Existe traducción de SENTÍS MELENDO: CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires 1961.
- 13 CARNELUTTI, F., “Poner en su puesto al Ministerio Público”. *Cuestiones sobre el proceso penal* (traducción de SENTÍS MELENDO), p. 215.
- 14 LEONE, G., Voz “Azione penale”, en *Enciclopedia del Diritto*, p. 851.
- 15 Los errores metodológicos en el análisis de la acción penal que pretenden tomar como base los estudios sobre la acción civil han sido una vez más revelados en tiempos más recientes. Vid. en este sentido BENE, T., *La dogmatica dell’azione penale. Influenze civilistiche ed errori di metodo*. Università degli Studi di Napoli Federico II, 1997.

acción penal sería simplemente una demanda de resolución jurisdiccional, pero a partir de ese instante, todo el resto de su contenido habrá de construirse atendiendo a las específicas previsiones normativas.<sup>16</sup>

El sistema español, el cual ha ejercido una indudable influencia sobre el salvadoreño, presenta desde el siglo pasado notas que, aun inadecuadamente, han permitido seguir entendiendo allí la acción penal como una de las manifestaciones del derecho de acción, consolidadas hasta tiempos muy recientes por una confusa doctrina al respecto emanada del Tribunal Constitucional. Ello se ha debido singularmente a la capacidad que aún poseemos los españoles para el ejercicio de la acusación, incluso sin necesidad de acreditar un vínculo con el bien jurídico tutelado por la norma penal.<sup>17</sup> La caracterización de la acción penal, como algo diverso al derecho estatal de penar, podía entenderse implícitamente de forma intuitiva en la LECrim desde su origen, pero no su carácter estatal. La diferencia esencial con lo reseñado anteriormente estaría en que lo que para BINDING eran dos derechos con la misma titularidad (oficial, estatal, pública) y distinto contenido (acusar —el *ius persecuendi*— y castigar la comisión del delito —el *ius puniendi*—), para el legislador español cambiaban de titularidad en virtud del contenido (privado en el caso del ejercicio de la acusación y oficial en el *ius puniendi*). El ejercicio de la “acción penal” no era más que una prolongación de las libertades del individuo frente al Estado, o sea, el derecho de rogar la tutela de los órganos jurisdiccionales para que éstos defendieran su interés individual, que, coincidente con el interés público en la represión penal, formaba un todo complejo en el que se contenía un derecho a la condena. De esta manera, al tiempo que se evitaba la realización arbitraria de los propios derechos, se propiciaba

---

16 LALLA, P., *Il concetto legislativo...*, y VALENTINI REUTER, C., *Le forme di controllo sull'essercizio dell'azione penale*, Padua 1994. En contra de cualquier tipo de elaboración conceptual sobre la acción penal, ni siquiera como demanda de decisión, puede verse TAORMINA, C., “‘Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale’ alle soglie del nuovo codice di procedura”, *La Giustizia Penale* 1988, 3ª parte, pp. 129 a 162, esp. p. 153.

17 Cabe recordar que en España subsiste el sistema de acusación popular, a tenor del cual todos los ciudadanos españoles (salvo quienes no gocen de la plenitud de los derechos civiles, los condenados dos veces por acusación falsa y los Jueces y Magistrados) pueden acusar la comisión de la práctica totalidad de los delitos aun sin haber sido ofendidos directamente por ellos (arts. 101 y ss. y 270 y ss. LECrim). Al respecto vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op. cit. donde se abordan aspectos históricos, constitucionales, de legislación ordinaria y de derecho comparado en relación con esta materia.

la asunción por los particulares de responsabilidades conducentes al bien común.<sup>18</sup> La actividad del Fiscal, a quien se vincula al principio de legalidad y se obliga al ejercicio de la acusación, vendría a superponerse a la de los particulares. Esta concepción no es en ningún caso asumible desde la actual posición constitucional del Ministerio Fiscal, que lo sitúa como defensor y valedor de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por la ley, por lo que ha de entenderse totalmente superada.

En la “acción penal” no puede verse, sin embargo, la existencia de un derecho, sino sólo la de una obligación estatal conducente en último término a la aplicación de las consecuencias jurídicas insertas en la norma penal a través de una resolución jurisdiccional, todo ello como respuesta social a una conducta dañosa o peligrosa para bienes jurídicos relevantes. El “derecho de acción” no sería por tanto válido para englobar la “acción penal”, en tanto ésta alude a un conjunto de actos que nos van a conducir a recabar el apoyo del concepto de “pretensión penal”. Derecho de acción y acción penal son, por tanto, dos realidades diversas, dos respuestas que el ordenamiento jurídico confiere a dos necesidades diferentes.

## 2. Acción penal y pretensión penal

### a) *La acción penal como premisa necesaria en el proceso penal*

La sospecha de la comisión de un hecho delictivo activa un interés público en la resolución pacífica de los conflictos, el cual, una vez vedada la autodefensa, se cifra en el pacífico examen de una conducta. Tal verificación es factible únicamente mediante la actuación jurisdiccional de la ley a través de un proceso en el que se constate más allá de toda duda razonable la existencia del hecho y su

---

18 Lo que escondía esta idea de autonomía individual que se reputa suficiente para la realización del bien común, enraizada en los fundamentos del liberalismo, era una visión inaceptable e insuficiente desde los postulados del Estado social y de Derecho de nuestros días. En la misma dirección se pueden entender los planteamientos de IHERING, en el sentido de que la lucha por los derechos de cada uno contribuye a la realización del derecho sobre la tierra. IHERING, R. v., *La lucha por el Derecho*, traducción española de POSADA, A., Madrid 1921, (se cita por la reedición en Cuadernos Civitas, Madrid 1985), *passim* y esp. pp. 60 y ss. Al fin y al cabo no era más que manifestación de la idea hegeliana de que la individualidad personal y los intereses particulares son plenamente reconocidos como “derechos” del sujeto y, sin embargo, a través de ese reconocimiento revierten al mismo tiempo en el fin de la totalidad estatal.

autoría, otorgándole la respuesta prevista por el ordenamiento jurídico.<sup>19</sup> El citado interés público quedará satisfecho tanto con la imposición de condena al culpable (y su ejecución) como con la absolución del inocente, pues tiene por objeto no la explícita búsqueda de una sanción, sino la garantía de la paz social a través del exclusivo recurso al proceso que, al repeler la venganza privada y posibilitar la actuación no discriminatoria de la ley, integra uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, posibilitador máximo de la libertad individual. La existencia de delito sólo se determina como resultado del proceso, por lo que aquel interés público, resumible en el mantenimiento de la paz social asegurado por el Estado, podrá complacerse exclusiva e íntegramente a través del proceso. El proceso penal revela así su fin al ofrecer un modo pacífico y, en cuanto reglado, previsible de solución de conflictos, proscribiendo la autodefensa e implicando positivamente una garantía para el justiciable.<sup>20</sup>

- 
- 19 No cabe olvidar que junto a ese interés público pueden situarse concretos intereses privados de los ofendidos o perjudicados por el hecho ilícito que el delito implica. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* T. II, op. cit. p. 331; PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Madrid 1985, pp. 18 y ss. Puesto que el sistema de normas penales cuya materialización se propugna mediante el proceso penal constituye un mecanismo del que se ha dotado la comunidad social para la protección de aquellos bienes o intereses que estima conveniente tutelar, la exigencia de cumplimiento de todas ellas, asignando la consecuencia jurídica a los supuestos de hecho previstos, se dirige a la satisfacción de un interés general. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., en la obra colectiva *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1993, pp. 175 y s.
- 20 El debido proceso no es considerable ni como pena, ni como conjunto de simples cargas sino que en su formulación constitucional constituye, amén de una garantía, un imperativo que a todos los ciudadanos pertenece, posibilitador de la aplicación imparcial de la ley. Sobre la cuestión del proceso como pena se ocupó en reiteradas ocasiones CARNELUTTI, quien llegaba a hablar de la *pena-juicio* frente a la *pena-acción*. Señalaba este autor que *no es posible juzgar sin castigar ni castigar sin juzgar; en otras palabras, no hay acto del juicio que no ocasione un sufrimiento a quien es juzgado, ni hay acto del castigo el cual no requiera un juicio a quien lo inflige; basta que sobre alguno recaiga una sospecha de haber cometido un delito para hacerlo sufrir...* Vid. sus *Lecciones sobre el proceso penal*, T.I. Buenos Aires 1950, p. 72, (traducción de SENTÍS MELENDO). Con posterioridad añadía CARNELUTTI que *la pendencia del proceso criminal, aunque no exista todavía la condena ni tampoco el inculpado esté detenido, es suficiente para procurarle un sufrimiento; y como este sufrimiento no tiene otra razón sino la de combatir el delito, no se le puede negar el carácter de pena.* “Auto de procesamiento”, en *RDPProc (Arg.)*, 1948, I, p. 216, y en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires 1961, p. 145.). Veía, incluso, el proceso como una verdadera tortura: *Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes* (Las miserias del proceso penal, Buenos Aires 1959, p. 75).



La acción penal en el enjuiciamiento criminal de nuestros días es por ende una facultad procesal teleológicamente orientada a poner una de las premisas para la eventual actuación del *ius puniendi* de la única forma que ésta puede ser posible: mediante el debido proceso. Tiene un objetivo en sí misma –activar el propio enjuiciamiento–, y su ejercicio va dirigido a la satisfacción del interés público, sin que pueda en sí confundirse con tal interés. La meta perseguida con esa actividad es la de satisfacer la legalidad, o mejor dicho, la de actuar la ley en el caso, una tarea que debe realizar el Juez mediante la creación del necesario e imprescindible presupuesto, sin perjuicio del resultado último que se obtenga (sobreseimiento, absolución o condena). El interés contenido en la “acción penal” reside así únicamente en posibilitar la solución pacífica de los conflictos, abriendo paso a la actuación jurisdiccional de la ley en el debido proceso.<sup>21</sup>

*b) Concepto de acción penal: la pretensión penal*

La “acción penal” constituye la forma en la que en el proceso penal se va a hacer valer una *pretensión*, por lo que será este concepto el que necesitamos para aprehender lo que el legislador denomina “acción penal”. Con importantes particularidades con respecto al proceso civil, el concepto de pretensión va a ser también de utilidad en sede procesal penal, pues cumplirá la función de reflejo o sustitución de la pretensión de la comunidad organizada en el Estado, consistente en la demanda ante los órganos jurisdiccionales del cumplimiento a través del proceso de las normas de las que se ha dotado.<sup>22</sup> Con ella se satisfará un presupuesto esencial para la tutela del interés público en la solución pacífica de los conflictos, en cuanto su ejercicio va a proporcionar el sustento imprescindible que hace posible la actuación jurisdiccional en el proceso penal.

Puesto que el delito no existe como tal antes del proceso (*nulla poena sine previo iudicio*), corresponde al Juez declarar más allá de toda duda razonable a la vista de las alegaciones de ambas posiciones procesales y de las pruebas practicadas, que un determinado sujeto ha realizado la conducta típica. El debate procesal se dirigirá a crear en el juzgador la convicción sobre si ese sujeto ha cometido unos hechos que podrían ser constitutivos de delito, así

---

21 PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Granada 1998, cap. 5

22 El entendimiento de la pretensión como reflejo o sustitución de la pretensión social procede de GUASP DELGADO, J., *La pretensión procesal*, op. cit. p. 43, que configuraba el proceso como *un instrumento de satisfacción de pretensiones*.

como a fijar todos los elementos esenciales en torno a la autoría, a las circunstancias atenuantes o agravantes, etc. Lo que en él se cuestiona es, pues, la razonabilidad de una afirmación sobre la concurrencia del imperativo legalmente previsto para la realización del deber estatal de actuar la norma.

Es esa afirmación lo que podemos considerar pretensión penal con su ejercicio a través de la acusación, que se identifica no por constituir una exigencia de condena, sino básicamente en lo que comportan de pilar o presupuesto imprescindible para la apertura y desarrollo del proceso contra una persona y por un hecho determinado. La acusación es, por tanto, la *afirmación realizada por un sujeto diverso al órgano jurisdiccional sobre la concurrencia de los presupuestos legalmente exigibles para el enjuiciamiento de un determinado sujeto por un hecho concreto*.<sup>23</sup>

Será relevante advertir que una cosa es la acción penal y otra su ejercicio, que es lo que conocemos como “acusación”. En cuanto ejercicio de una pretensión, la acusación constituye un elemento esencial para la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional —la Jurisdicción sólo puede actuar rogadoamente—, y en cuya ausencia, aquélla no sería posible. Es, por tanto, el elemento que va a condicionar la propia existencia del enjuiciamiento penal, pero además será el instrumento formal que lo delimite objetiva y subjetivamente. Constituye así un presupuesto (excitación o pedimento objetivo y subjetivo) indispensable para el enjuiciamiento criminal en el que precisamente se declararán o no el delito y su reprochabilidad al sujeto imputado.<sup>24</sup>

c) *Finalidad, objeto, contenido y carácter de la acción penal*

Los puntos esenciales en los que nos habremos de detener a este respecto podrían ser los siguientes:

- *El acusatorio constituye una garantía para el imputado*: La necesidad de que en el proceso penal haya una acusación supone históricamente uno de los medios para asegurar la objetividad del juzgador, obligando a que éste sólo pueda actuar allí donde un sujeto diferente afirmase la existencia del delito y su imputación a un presunto autor.<sup>25</sup> Lo que hace el acu-

---

23 PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op. cit. p. 304

24 PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal*, cit. p. 47

25 Sobre la evolución histórica del sistema acusatorio y la configuración de las notas esenciales propias de éste vid. por todos VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona 1994, pp. 15 y ss., con la referencia bibliográfica allí contenida.

sador es romper una limitación en el sistema de imposición de las penas del que el Estado se ha dotado en el tránsito hacia formas evolucionadas de justicia, haciendo visible la separación entre las funciones de enjuiciar y de afirmar la concurrencia de los presupuestos del enjuiciamiento mismo (*Nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio, wo kein Kläger da kein Richter*).

Aun cuando la analogía no pueda ir más allá de los aspectos formales, el debido proceso en su concreción penal, se configura como en los restantes órdenes jurisdiccionales: sin un actor no puede haber ni juez ni juicio.<sup>26</sup> Ya GOLDSCHMIDT señalaba que el proceso acusatorio tiene como sentido y como fin dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal para garantizar su imparcialidad, pero no podría construirse mecánicamente según el modelo del proceso civil, puesto que *la situación jurídica del querellante es completamente otra que la del actor. No hace valer, como éste, un derecho propio y pide su adjudicación, sino que afirma el nacimiento del derecho judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber. Tal es el verdadero sentido del "j'accuse"*.<sup>27</sup>

- *La finalidad de la acusación es servir a un indivisible interés público:* La acusación sirve a un interés público cifrado en la resolución pacífica de los conflictos a través del debido proceso, interés que se verá satisfecho con el enjuiciamiento objetivo y subjetivamente delimitado, sin que sea necesaria una condena ni ésta haya de buscarse explícitamente por el acusador. No se dirige a la tutela de concretos bienes jurídicos, sino a poner las bases necesarias para constatar que han sido atacados o puestos en peligro y que concurren las exigencias para la actuación judicial de la ley de la única manera que es esto posible: procesalmente. Se contribuye de esta manera a la defensa del interés público en la garantía de la paz social y, simultáneamente por razones de economía procesal (aunque ello no sería imprescindible) en algunos casos al interés privado del agraviado por la ofensa delictiva. Para la satisfacción del interés público el proceso deberá conducir a la determinación más allá de toda duda razonable de si existió el hecho, si éste es punible, si el sujeto que se

---

26 GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, 10ª edición, Madrid 1987, pp. 86 y ss.

27 GOLDSCHMIDT, "Derecho Judicial Material (pretensión de tutela jurídica y derecho penal)", p. 78 y esp. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, op. cit., p. 28.

afirma partícipe lo ha sido y en la calidad que lo haya sido, y de la consecuencia jurídico penal que le es atribuible (imposición de pena, juego de atenuantes, agravantes, posible suspensión del fallo, etc...).

De aquí podemos derivar algunas consecuencias:

- La acusación tiene por objetivo directo la tutela de un interés público consistente en la activación de los mecanismos para el debido enjuiciamiento y, en su caso, condena de las conductas reputadas punibles, dirigido todo ello a servir de sustitutivo a la autodefensa prohibida por el Estado. Se trata de un único interés que no admite ser individualizado, fragmentado o desgajado en pequeñas parcelas, cuyo titular es el conjunto de todos los ciudadanos, lo cual es tanto como decir que no pertenece a un sujeto concreto, individual o colectivo, fuera de la generalidad afirmada.
- La acusación debe ser una función satisfecha desde la imparcialidad, en tanto aquel interés público requiere indefectiblemente el enjuiciamiento de los hechos respecto de los que fundadamente se afirme que han conculcado la norma material. De aquí que el proceso no tenga sólo como fin la imposición de la pena, sino con carácter previo y esencial el dilucidar si concurren méritos basta antes en juzgar a un sujeto por un hecho y, así estimado, extraer consecuencias materiales e inmediatas y eventualmente procesales (adopción de medidas cautelares, emplazamientos, citación, sometimiento a interrogatorios, etc.). El ejercicio de la pretensión penal exige que se hagan valer todos los elementos esenciales para el enjuiciamiento, lo cual se referirá no sólo a los de cargo, sino también a los de descargo. Y más aún, obliga a no sujetar a actuación procesal alguna a sujetos sobre los que no pese alguna fundada sospecha de comisión delictiva.

Cuestión diversa es que el acusador que pretende que se enjuicie al sujeto y, eventualmente, se le condene, habrá de introducir en el proceso todos los elementos precisos para convencer al juez de la razonabilidad de su afirmación. Naturalmente será menester que el acusador esté provisto y quiera utilizar todos los medios a su alcance; pero como no persigue un interés propio parcial, habrá de suministrar lo positivo y lo negativo en cuanto el enjuiciamiento ha de servir a ese interés general. Para el proceso son necesarios una causa y un interés por lo que al igual que en sede civil no caben ni el proceso simulado ni el convenido, en sede penal no es asumible la utilización del proceso como instrumento de venganza, de presión o de opresión.

- Quien ejercita la pretensión penal no pide nada para sí, pero tampoco pide para nadie en especial, sino que realiza una actividad que va dirigida con carácter mediato en beneficio de la colectividad. Mediante su actividad no hace valer una exigencia de imposición de una pena, sino únicamente la existencia del presupuesto normativo para que el órgano jurisdiccional deba desarrollar la actividad conducente a la averiguación del delito y de su autor y, en su caso, aplicara la consecuencia jurídica que corresponda al declarado culpable (pena). Con la condena y su ejecución, el órgano jurisdiccional no presta u otorga la tutela jurídica pretendida por el actor, sino que hace efectiva la potestad que en él mismo radica de enjuiciar y eventualmente castigar los delitos.
  - Para la validez de la acusación es irrelevante en un plano conceptual quién sea el sujeto que realice efectivamente la afirmación de la existencia de los presupuestos para la resolución jurisdiccional, siempre que sea persona diferente del juzgador. El elemento subjetivo activo de la pretensión penal no puede servir para su identificación, y su ejercicio por unos u otros produce exactamente el mismo efecto. Quién lo haga y cómo se lleve a cabo será intrascendente, pues acusar es una función única, y tanto el número de acusadores como su carácter público o privado no son relevantes para fijar la esencia o la naturaleza de la tarea que llevan a cabo.
- *El contenido de la acción penal (pretensión) será el objeto procesal:* El contenido de la pretensión penal se reduce a la afirmación realizada por sujeto diverso del juzgador sobre la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para la declaración por el Estado de la existencia de un delito y la aplicación al caso de lo contenido en la norma jurídica. No se puede hablar de *causa petendi* ni de *petitum*, por el simple hecho de que no hay petición de nada sino únicamente realización de la actividad necesaria para levantar un impedimento procesal, al objeto de que el órgano jurisdiccional resuelva sobre un hecho en concreto.

La pretensión penal determinará efectivamente el pronunciamiento judicial, pero los límites no los marca una petición que pueda realizar un sujeto, sino la afirmación que éste realiza, concordante con la previsión de la norma penal, sobre unos hechos y un sujeto. El matiz que distingue la pretensión en el proceso penal se encuentra, por tanto, en que no se trata de una petición concreta, sino únicamente de la satisfacción objetiva de un presupuesto necesario para abrir el camino a una posible aplicación de las normas penales. No debe percibirse en el ejercicio de la pretensión penal ningún otro rastro de voluntad que la única admisible: la

que se deduce de la propia ley, pero nunca la propia de los sujetos que asumen la función de exteriorizar el sentido de ésta. No podría verse en ello siquiera una manifestación de voluntad estatal, porque ésta ya se explicitó con la promulgación de la norma y se actualizará y concretará en la resolución jurisdiccional que ponga término al proceso. Admitir la existencia de algún tipo de dispositividad por parte de los activamente legitimados podría llegar a confundir las consecuencias del principio acusatorio, que obliga a la separación acusador-juzgador, con un principio dispositivo que dejaría en manos de los acusadores la conveniencia, oportunidad o interés de deducir acusación.

El objeto sobre el que versa el proceso penal será el contenido de la acusación, esto es, la aserción de la concurrencia de presupuestos para un concreto enjuiciamiento al que el Estado está obligado. La *res de qua agitur* o el *thema decidendi* no es ni el hecho delictivo en sí ni una concreta petición del acusador, sino la afirmación que éste realiza sobre un objeto constituido por un acontecimiento o suceso de la vida real con apariencia de infracción criminal y sobre el sujeto que se reputa autor. Lo que se dilucida en el proceso e identifica la acusación no será ni un concreto tipo penal en el sentido de las normas penales sustantivas, ni un *petitum* del actor, sino una afirmación de éste en la que se contienen esos dos elementos:

- Elemento objetivo: los hechos que se afirmen delictivos, que no se tratarán sólo de un “trozo de vida”, sino de una serie de acontecimientos con la trascendencia jurídica que les asigna el acusador.<sup>28</sup> Una vez que a lo largo del proceso se tornen de mera hipótesis a situación sobre la que pueda ser afirmada judicialmente su certeza más allá de toda duda razonable serán el elemento objetivo que sustente la imposición de la consecuencia prevista en la norma. Para

---

28 Sobre la identificación de la pretensión penal vid. ASENSIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...*, op. cit. pp. 65 y ss., que se adscribe a la teoría de la sustanciación, y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., “La correlación entre acusación y sentencia”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona 1974, pp. 509-535, publicado originariamente en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIV, nº 37, 1970, pp. 73 y ss. Mientras que a tenor de la teoría de la individualización, la pretensión (civil o penal) habrá de identificarse por la vía de la calificación jurídica del hecho, de modo que ésta vinculará al tribunal y su modificación engendrará una variación de la pretensión, según la teoría de la sustanciación la pretensión se identificará sólo por los hechos jurídicamente relevantes que fundamenten el *petitum*.

su determinación no será trascendente la diversidad de calificaciones que sobre los hechos pueda hacer una pluralidad de acusadores, sino que el dato clave en el que hemos de fijarnos ha de ser la concreta afirmación sometida a la consideración del órgano jurisdiccional. De otro modo, bastaría con utilizar la pluralidad de tipos penales que protegen unos mismos bienes jurídicos o los diferentes grados de participación en la comisión de un delito para calificar una conducta de forma diferente o por sujeto diverso y burlar con ello la seguridad jurídica que proporciona el principio *ne bis in idem*.

Una vez abierto el juicio oral, los hechos que en él se introduzcan y los sujetos acusados suponen la delimitación de aquello sobre lo que puede resolver el órgano jurisdiccional. La correlación del fallo con la acusación dependerá de la afirmación hecha por el acusador, pero el juzgador no estará atenazado por las calificaciones jurídicas realizadas por los actores. A no ser que se incurra en una vulneración del derecho de defensa del acusado o de la garantía de la contradicción entre ambas posiciones procesales, que constituyen el otro elemento esencial a tener en cuenta en la llamada “correlación entre acusación y sentencia”, las calificaciones no constituyen el objeto que delimita materialmente el proceso. La concreta norma penal material presuntamente infringida no puede utilizarse como criterio identificador de la pretensión penal puesto que el *titulus comdenationis* no recae en un ámbito de libre configuración para el acusador, sino que viene legalmente determinado y dirigido al juzgador.<sup>29</sup> El objeto del proceso penal viene por tanto determinado exclusivamente por lo afirmado sobre la identidad del acusado, la identidad del hecho punible y la homogeneidad del bien jurídico atacado por el delito. Proponer una calificación jurídica sin más no puede ser entendido como deducir una pretensión, sino como la realización de uno más de los actos contenidos en la acusación, por lo que ante

---

29 La petición de un sujeto público o privado de imposición de una concreta pena con apoyo en una calificación no es determinante para la configuración del objeto del proceso y la resolución jurisdiccional a adoptar sobre él. Sí lo será sin embargo la forma en la que queden delimitados por el actor los hechos delictivos y sus autores, lo cual al fin y al cabo es lo que sirve de fundamento fáctico a aquella solicitud. Pero ello no es en el fondo más que un reflejo de la afirmación de que existen los presupuestos objetivos y subjetivos necesarios para la aplicación de una norma penal en la que se prevé la imposición de esa concreta pena.

una pluralidad de peticiones provenientes de varios querellantes no cabrá afirmar la existencia de una multiplicidad de pretensiones, sino la realización reiterada de uno de los actos acusatorios.

- Elemento subjetivo: el imputado no es sujeto pasivo de la pretensión, sino que integra su propio contenido identificador. En su ejercicio no se pide nada al y/o del que se afirma que hizo u omitió algo, sino que forma parte del objeto procesal en cuanto elemento esencial integrante de la afirmación en que la pretensión consiste. Lo que identifica el proceso y así fundamenta la litispendencia y determina el alcance de la cosa juzgada son, por tanto, el hecho afirmado, pero no su encuadre jurídico, y el sujeto acusado, pero no el querellante.<sup>30</sup>
- *Goza de un carácter enteramente procesal y deberá estar presente a lo largo de todo el proceso:* La pretensión nace, se desarrolla, se agota y muere dentro de un concreto proceso, y no hay nada fuera de éste donde la acusación pueda o deba adquirir relevancia. El objeto procesal se va a ir delimitando en función del momento procesal y todos los actos encaminados a ello han de entenderse englobados en la pretensión penal, si bien, lógicamente alguno de ellos adquiere especial relevancia.

La acusación está presente a lo largo de todas las fases del proceso, y adopta diferentes formas en función de las situaciones por las que éste atraviesa.<sup>31</sup> Sus diversas manifestaciones externas vendrán determinadas por la aptitud para satisfacer la función que tienen que cumplir en cada situación jurídica, por lo que la afirmación de la concurrencia de presupuestos para el ejercicio del *ius puniendi* se irá configurando de manera diversa a lo largo de todo el desarrollo del proceso atendiendo a la estructura básica que soporta el entramado de éste.

- *El inicio del proceso:* El inicio del proceso penal puede venir espoleado por el ejercicio de la pretensión penal, pero ni es esencial que ello ocurra, ni es un dato esencial o suficiente para definir todo lo que en sí alberga ésta. Es claro que puede haber actos de ejercicio de pretensión penal que no den lugar a la apertura de un proceso (por ejemplo cuando se inadmite una querrela de particular por esti-

---

30 Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, Bolonia 1975.

31 Para el entendimiento de la teoría de la situación jurídica procesal es obligada la remisión a la obra de GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozeß als Rechtslage* y a cómo es ésta recogida en *Problemas Jurídicos y Políticos...*, pp. 46 y ss.



mar que el hecho no es constitutivo de delito), pero también que puede darse un cierto desarrollo del proceso sin ejercicio de pretensión penal. La sola iniciación del proceso no satisface tampoco su contenido, pues por trascendente que este efecto sea, se agota simplemente con la resolución judicial que lo determina.<sup>32</sup>

El ejercicio de la pretensión penal tampoco es *prius* necesario para que se inicie el proceso, pues una vez que conste un hecho punible podrá existir proceso penal sin aquél. El requerimiento puede hacer que se incoe un proceso, pero no es la única forma puesto que el procedimiento puede haberse iniciado de oficio al llegar la *notitia criminis* al Juez por medio de denuncia,<sup>33</sup> atestado policial o por conocimiento directo. El proceso no se inicia sólo como consecuencia de la acusación, sino fundamentalmente como consecuencia de la llegada de la *notitia criminis* a una Autoridad Pública con función de averiguación y esclarecimiento de los delitos (policía, MF u órganos jurisdiccionales). La acusación no es, sin embargo, algo absolutamente ajeno a la iniciación del procedimiento, en tanto es claro que sin ella no podrá haber resolución jurisdiccional alguna en la que se aprecie comisión de un delito, pues no cabrá apertura de juicio oral sin que tal circunstancia sea afirmada.

- *En la investigación:* Durante la fase de instrucción, el querellante contribuye a determinar el objeto procesal (la afirmación de la existencia de un delito) aun cuando no tiene facultades para limitar el examen judicial de los hechos. Sus calificaciones serán solamente provisio-

---

32 ALCALÁ-ZAMORA reconocía que, mientras que la denuncia se limitaría a dar el empujón para que determinados hechos franquearen la puerta jurisdiccional, la querrela *según el modelo español* supone verdadero ejercicio de la acción penal. Le sería aplicable por tanto su afirmación en el sentido de que *la acción no es un empujón que se le da a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta jurisdiccional sino una vibración continuada para que llegue a su destino (pronunciamiento de fondo) (...) Toda la energía o principio anímico de la actividad procesal realizada por las partes, proviene de la acción.* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "Enseñanzas y sugerencias...", op. cit. pp. 350 y 365.

33 Incluso cuando se trate de un requerimiento fiscal o una querrela que adolezca de requisitos formales o sea defectuoso hasta el punto de que deba ser considerada inexistente, puesto que en este caso deberá ser considerada como denuncia, y por tanto, como medio válido de transmisión de la *notitia criminis* al órgano jurisdiccional. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed. p. 149 *in fine* y GIMENO SENDRA, V., *La querrela*, Barcelona 1977, p. 253.

nales en la medida en que el *factum* que se reputa delictivo, así como su conocimiento, pueden ir variando.<sup>34</sup> La pretensión se ejercita a través de la solicitud de una investigación sobre un hecho y un sujeto que culminará con la petición de apertura del juicio oral. Se cifra, por tanto, en la preparación del material histórico-fáctico y en la delimitación subjetiva del objeto del proceso, que constituirá el fundamento de la afirmación que va a realizar el actor en el juicio oral.

- *En el juicio oral:* Una vez recopilados los elementos esenciales idóneos para permitir el reproche penal al sujeto, deberá realizarse una concreta imputación con expresa petición de que, como objetivo último del ejercicio de la pretensión penal, se dicte una sentencia en la que, estimando probado el hecho que se imputa y la culpabilidad del acusado, se imponga la consecuencia prevista por la norma penal.

En el juicio oral podemos entender la acusación como la afirmación realizada ante un órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos del deber estatal de imponer la pena que corresponda sobre una persona concreta y en relación con un hecho determinado. Su debida concreción formal habrá comenzado en el escrito de acusación (art. 314 CPrPn), complementada con los puntos inicialmente introducidos por la defensa (art. 316 CPrPn). Proseguirá en las conclusiones finales (art. 353 CPrPn), e incluso podrá haber sido ampliada en virtud de la sorprendente previsión del art. 343 CPrPn, todo ello también complementado por las conclusiones finales de la defensa (art. 353 CPrPn).

---

34 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, cit. p. 42. El hecho como tal es sin embargo esencialmente inmutable puesto que en el juicio oral no podrán ser alegados otros hechos que los que se deriven del sumario ni acusadas personas distintas a aquellas frente a las que éste se dirigía, afirmación que no deja de ser compatible con la delimitación progresiva que irá sufriendo en su curso. Podrá conocerse mejor o podrá ampliarse con hechos conexos, pero no cambia a medida que se desarrolla el proceso y si se descubren circunstancias que lo cambian, deberá iniciarse un nuevo proceso sobre el nuevo objeto.

### 3. Características de la acción penal como presupuesto del proceso penal

Puestas las bases para entender cuál es el sentido de la acción penal, corresponde en este momento ir desglosando alguna de las notas que pueden entenderse predicables de ella. Por constituir una de las premisas esenciales que soportan el entramado del debido proceso en su concreción criminal, muchas de ellas se van a deducir precisamente de su función dentro del proceso. Como veremos, no todas las características que se describirán a continuación encuentran plena plasmación en el CPrPn salvadoreño pero, en cualquier caso, nos aportarán pautas con las que enfrentarnos a su análisis.

#### a) Pública

La acción penal es conceptualmente pública, en tanto el Estado, privando al ciudadano de su facultad de autotutela, ha asumido la obligación de dar todos los pasos encaminados al mantenimiento de la paz social a través del enjuiciamiento de todas las conductas con apariencia de delito. Es un medio del que se ha dotado el Estado para hacer valer su exigencia punitiva que, en la medida en que es imprescindible para la garantía de la paz social, será exigible de éste e integrará el derecho de los ciudadanos al debido proceso penal.

Si, como se ha visto, la actuación jurisdiccional precisa de la formulación de una pretensión, que se ha de articular formalmente como una afirmación realizada por un sujeto diverso de aquel al que se asigna el deber de enjuiciarla, ésta no puede dejar de formar parte del derecho de los ciudadanos al debido proceso penal en tanto garantía de la paz social. Con independencia de quién sea el sujeto que la formule,<sup>35</sup> y de las concretas condiciones de procedibilidad a que se someta legalmente, su naturaleza está ligada a la función estatal de la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, o en definitiva de promover el goce de la libertad (art. 1 Constitución Política de El Salvador). Es en este sentido como se debe leer la afirmación, presente en casi todos los Códigos Procesales Penales, relativa a la publicidad de la acción.<sup>36</sup>

---

35 GOLDSCHMIDT, J., "Derecho Justicial Material (pretensión de tutela jurídica y derecho penal)" RDProc. (Arg.), 1946, T. I, p. 48. Afirmaba por ello GOLDSCHMIDT que "los funcionarios del MF como querellantes no tienen una posición distinta de la de los demás querellantes, si se prescinde de que el MF es el *promotor iustitiae*".

36 Vid. así p. ej. los arts. 152 *Strafprozebordnung* alemana, 1 y 31 CPP Francés o el 50 del *Codice di Procedura Penale* Italiano. Sin embargo, la dicción del art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española goza de un matiz diverso, pues el legisla-

b) *Oficial*

En el conflicto generado por el delito, y dada la necesidad, complejidad y riesgo de la misión de acusar, la comunidad organizada en el Estado se ha venido a dotar históricamente de unos profesionales a quienes encomendó su ejercicio, al objeto de evitar tanto el peligro de su incorrecta realización como el de que los crímenes quedaran impunes: la Fiscalía.<sup>37</sup> El Estado, organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común (art. 1 CN) ha de ser considerado el titular del ejercicio de la pretensión penal, pero será la Fiscalía General de la República la institución especializada orgánica y funcionalmente encargada de su materialización en la práctica. A ella se confiere la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social (art. 193 CN), tarea que habrá de realizar en cada proceso en concreto.

La legitimidad de los oficiales que integran la Fiscalía General de la República dimanará y estará sujeta por tanto a su efectivo servicio a la satisfacción de los intereses y expectativas sociales en pro del interés general. De esta forma puede entenderse que es el instrumento de que se ha dotado la ciudadanía organizada públicamente en el Estado para la prioritaria satisfacción de esa esencial función. No cabría hablar de un derecho que le habilite para

---

dor del 1882 al referirse a la publicidad de la acción se refería al carácter prácticamente ilimitado subjetivamente de la facultad para ejercitarlo. Como trataba de demostrar en mi trabajo *La acusación popular*, cit. cap. 6 passim. esta visión liberal decimonónica que toma por base la idea de publicidad como generalización subjetiva antes que su verdadero sentido en un Estado democrático y de derecho atendiendo a su finalidad, podría considerarse hoy trasnochada y necesitada de superación a la luz de la Constitución de 1978. No conviene llamarse a equívocos en este sentido, pues la “publicidad de la acción” en el originario sentido de la LECrim española no es la “publicidad” que hoy ha de predicarse del ejercicio de la pretensión en el proceso penal.

37 A la vista de los elementos esenciales sobre los que se asienta la concepción acusatoria del proceso penal y de la idea de justicia rogada, se estimó conveniente la creación de un oficial diferente a los órganos jurisdiccionales para que dedujese el interés público promoviendo la acusación. Vid. a este respecto por ejemplo DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, op. cit. p. 112 y *Derecho Procesal Penal*, p. 170. En palabras de Montero Aroca, el Ministerio Público o Fiscal es una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso, manteniendo el esquema básico de éste. MONTERO AROCA, J., “La garantía procesal penal...”, op. cit. p. 977.

acusar, sino única y exclusivamente de un deber de actuar por razón de su oficio o cargo, lo que da razón de ser a su configuración constitucional.<sup>38</sup> La garantía del interés público no es una facultad potestativa o arbitraria para este órgano estatal, sino que sólo es justificable desde la general vinculación al principio de legalidad, verdadero anclaje de su actividad en el Estado de Derecho, constituyendo un elemento esencial que determina el entendimiento de la función estatal de acusación como obligación ligada a la defensa de los valores protegidos por las normas penales.<sup>39</sup>

Para su plena efectividad, y correspondiente satisfacción del interés general, las propias connotaciones del ejercicio de la acusación comportan su atribución a un órgano encuadrado institucionalmente en lo público, dotado de todos los medios materiales precisos y aptos para evitar que intereses particulares puedan obstaculizar la generalidad de la norma. En consonancia con este carácter oficial de la acción penal, su ejercicio viene conferido en la gran mayoría de los sistemas procesales penales con carácter de monopolio al Fiscal. Ello, naturalmente, sin perjuicio de que dicho monopolio se vea acompañado con medidas de control externo en su ejercicio, articuladas de forma diversa pero con el denominador común de constituir formas de contrarrestar posibles deficiencias persecutorias, relacionadas en algunos casos con la configuración orgánica del Ministerio Público, en alguna medida dependiente del ejecutivo, y en otros con meros defectos en su funcionamiento.<sup>40</sup>

---

38 Como recuerda el art. 86.III CN *Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley*. Sobre el principio de legitimación formal cfr. PEDRAZ PENALVA, E., "Del Consejo General del Poder Judicial y de la selección de sus miembros", en PEDRAZ PENALVA (Coordinador), *El Gobierno de la Justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Valladolid 1996, p. 36. Recuerda aquí el citado autor el principio nuclear del Estado de Derecho consistente en que *la titularidad del poder no legitima su ejercicio sino que el poder se legitima desde la racionalidad de su ejercicio*, por lo que *la fuente de legitimación no es el poder, sino su ejercicio*.

39 Como destacaba GÓMEZ ORBANEJA, el principio de legalidad es el complemento imprescindible del sistema de acusación oficial, en el que el MF está obligado a ejercitar la "acción penal" por todo hecho que reviste los caracteres de delito. *Derecho Procesal Penal*, 1984, pp. 115 y ss.

40 Sobre las diversas modalidades de control de la (in)actividad del Ministerio Público en el derecho comparado puede consultarse mi trabajo PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op. cit. pp. 730 a 749. Entre otros modelos cabría citar el de acusación subsidiaria presente en Austria, el control judicial sobre la acusación realizado a instancia de particulares (así por ejemplo el procedimiento para compeler al ejercicio de la acusación alemán -*Klageerzwingungsverfahren*-), la acusación conjunta o adhesiva e incluso la acción civil con repercusiones en el proceso penal.

En la legislación salvadoreña existen supuestos en que la acusación no es ejercida por el Fiscal o lo es por éste conjuntamente con otros sujetos querellantes, de los cuales, incluso, es predicable su consideración en términos de igualdad (vid. art. 14 CPrPn). Sin entrar en el análisis de este extremo, ha de advertirse que tales sujetos no hacen nada más que satisfacer una función estatal en la forma en la que la ley les habilita, considerando que su función puede coadyuvar a la defensa del interés público. Lo que ejercita el querellante es exactamente la misma “acción” que hace valer el Ministerio Público, la única posible, la pretensión estatal en que consiste la acusación por delito. No cabrá en definitiva hablar de una “acción pública” entablada por un oficial público y de otras deducidas por los ciudadanos a quien la ley habilita, sino que sólo en singular podremos referirnos a la “acción penal” o más correctamente a la “pretensión penal” o “acusación”, promovida por uno o por otros, e incluso al amparo del texto normativo, por ambos simultáneamente. Pero de la facultad de algunos ciudadanos (ver arts. 96 y ss. CPrPn) para acusar no cabría realizar una inadecuada permuta en la indagación de su naturaleza entre lo que es un mero instrumento (su querella), desde luego no carente de trascendencia, y el conjunto de actos a cuya realización sirve (la acusación).

### c) *Obligatoria*

La obligatoriedad de la acción se traduce en la necesidad de que, ante la sospecha de comisión de un hecho delictivo, el proceso penal deba iniciarse según requiere el mantenimiento de la paz pública en los términos planteados *supra*. Lo imprescindible es por tanto el proceso penal y, como consecuencia de la garantía del debido proceso, el necesario ejercicio de la acción penal deviene obligación para quien constitucionalmente se halla vinculado por razón de su cargo: el Ministerio Público.

El principio de legalidad, supremo baluarte en el que se asienta la confianza en el sistema penal, garantizado entre otros por los arts. 15, 172.III y 193.2 CN, debe constituir el parámetro delimitador de la necesidad y el contenido de la potestad acusatoria. La iniciación (y finalización) discrecional del proceso penal en virtud de los criterios de oportunidad de los arts. 20 y ss. CPrPn debe ser vista por tanto como una quiebra de esta característica. No obstante, un análisis minucioso de esta cuestión escapa de los objetivos y límites conferidos a este trabajo.

Una consecuencia de la obligatoriedad de la acción penal es que la eficacia de las condiciones de procedibilidad deberá quedar reducida únicamente a las hipótesis previstas por la norma. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en los supuestos del art. 30 CPrPn (cuestión prejudicial o antejuicio) o como podrían considerarse, por ejemplo, las “condiciones objetivas de procesabili-

dad” a las que alude el art. 263-A CPn. en relación con los delitos contemplados en el Capítulo II del Título X del CPn., artículos 255 a 263 (Delitos relativos a la Naturaleza y el Medio Ambiente: contaminación ambiental, depredación de bosques, flora protegida, fauna, comercio y transporte de sustancias protegidas, etc.).<sup>41</sup> En estos casos la acción penal sólo podrá promoverse una vez resuelta la cuestión prejudicial, estimado en el antejuicio que hay lugar a la formación de la causa o después de que la autoridad administrativa competente haya concluido los procedimientos correspondientes de conformidad con la Ley del Medio Ambiente.<sup>42</sup>

d) *Indisponible*

La indisponibilidad alude también en primer lugar al propio proceso penal, el cual, una vez iniciado no puede acabar sino por las razones y en los supuestos legalmente previstos. Naturalmente la sentencia no será la única entre las posibles formas para esa terminación, pero todas ellas habrán de adaptarse al texto de la norma, sin que se vean sujetas a una voluntad discrecional.

e) *Irrevocable*

Al referirnos a la llamada irrevocabilidad (o irrevocabilidad) de la acción penal aludimos a que, una vez formulada la acusación, ésta sale de la esfera de su autor y deja de ser disponible para éste.<sup>43</sup> La acusación, una vez creada, tendrá una vida objetiva al margen de su autor, que no podrá dar marcha atrás en su ejercicio. Esta característica, que ha sido delimitada fundamentalmente por la doctrina procesal-penalista italiana,<sup>44</sup> requerirá no obstante ser matizada al contemplar su tenue acogida en el CPrPn salvadoreño.

---

41 Este precepto fue agregado por D.L. nº 703, del 9 de septiembre de 1999, P.D.O. nº 183.

42 Otro caso específico de esta naturaleza es el presupuesto para proceder del art. 251 CPn., relativo a la persecución de los delitos contra el Fisco, en virtud del cual sólo es posible proceder en estas causas cuando hubieren concluido las diligencias administrativas de tasación de los impuestos respectivos. La acción penal se ve sometida además al presupuesto del requerimiento formulado por la Fiscalía General de la República para que se paguen los impuestos evadidos con sus respectivos accesorios. Es más, bajo el epígrafe de “excusa absolutoria”, el art. 252 contiene otra causa de enervación de la acción penal al establecer que en los delitos relativos a la Hacienda Pública, no se impondrá pena alguna al imputado si en cualquier momento satisficere debidamente al Fisco los impuestos evadidos con sus respectivos accesorios.

43 Vid. por ejemplo el art. 410.3 del *Codice di Procedura Penale* italiano

44 La nota de la “*irretrattabilità de l'azione penale*”, para CONSO, G., p.58, “*equivale a dire che l'oggetto del processo penale è indisponibile*”.

*f) Imprescriptible*

En atención a determinadas conductas delictivas especialmente relevantes por su gravedad o porque vengan impregnadas de un carácter manifiestamente político, podrán existir supuestos en que la ley otorgue a la acción penal el carácter imprescriptible. De esta forma se reafirma la necesidad de la persecución de tales hechos con independencia del lapso temporal transcurrido desde su comisión hasta la iniciación de los actos dirigidos a su enjuiciamiento.

Esto es, por ejemplo, lo que ocurre con los delitos de tortura, los actos de terrorismo, secuestro, genocidio, la violación de las leyes o costumbres de guerra, la desaparición forzada de personas, la persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión. A tenor del último párrafo del art. 34 CPRn, la pretensión ejercitable para la persecución de estas conductas no podrá extinguirse con el tiempo, siempre que se tratare de hechos cuyo inicio de ejecución se hubiese desarrollado con posterioridad a la vigencia del Código.

#### **4. Efectos de la acción penal**

A partir del ejercicio de la acción penal podremos hablar de litispendencia, el efecto procesal en virtud del cual habrá de ser repelida toda nueva pretensión penal en la que concurra una identidad en cuanto a la causa de pedir.

El órgano jurisdiccional, una vez reclamada su tutela, no podrá extender su conocimiento fuera de los límites establecidos por el acusador en el diseño de su pretensión penal. Ciertamente es que esta delimitación se irá realizando de forma progresiva en varios momentos procesales, pero cristaliza en un concreto acto procesal: la apertura del juicio oral en tanto contiene ya la imputación a un sujeto concreto de unos determinados hechos calificados jurídicamente, solicitando que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia o no del delito como condición para la imposición de la consecuencia prevista por la norma penal.

De este modo va a ser la pretensión penal la que venga a establecer los límites de la cosa juzgada, impidiendo la nueva persecución de un sujeto, por unos hechos ya enjuiciados.



## II. La acción penal en el ordenamiento salvadoreño

### 1. Introducción

La búsqueda de un pragmatismo en ocasiones poco reflexionado ha dado lugar en el CPrPn salvadoreño a una excesiva preponderancia de elementos de incertidumbre en el proceso penal que, según nuestro criterio, no sólo deja traslucir una desconfianza hacia el sistema público de persecución de los delitos, sino que en ocasiones (y esto es aún más preocupante) también contribuyen a erosionarlo peligrosamente. Las insuficiencias del proceso penal se han abordado desde lo que se ha considerado un modo factible de acometer la lucha contra la criminalidad, sin reparar en que circunstancialmente pueden llevar dentro de sí el germen de futuras disfunciones, tales como la distinta intensidad persecutoria para los mismos hechos, la desigualdad entre imputados con capacidad de influir sobre sus víctimas, etc.<sup>45</sup>

Esta idea directriz atraviesa transversalmente todo el sistema legal de ejercicio de la acción penal, del cual es predicable, cuando menos, un dudoso aporte de seguridad jurídica y de certeza en la respuesta estatal al delito.

### 2. Una lectura reflexiva del término “acción penal”

Cuando el CPrPn habla de “acción penal” lo hace sirviéndose de un vocablo anfibológico que, desde su polisemia, puede inducir a confusiones. A nuestro juicio con ese término se alude a realidades diversas que participan de las siguientes notas:

---

45 Resaltaba en este sentido PEDRAZ la existencia de un *anárquico e inarmónico afán reformador procesal, en singular preocupado por el hallazgo de componendas procesales temporales a situaciones también históricas y por la acentuación de los criterios de celeridad y simplicidad en no pocas ocasiones con olvido de garantías jurídico-fundamentales o de propias y laboriosas soluciones históricamente logradas que se ven postergadas en pro de innovaciones importadas no siempre de fácil acomodo en nuestro ordenamiento jurídico*. PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, en el volumen colectivo dirigido por el mismo autor *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 23.

a) *Acción penal como actividad o procedimiento*

Desde esta perspectiva nos estamos refiriendo a la función estatal de persecución penal, que abarca todas las actividades necesarias para que se llegue a una resolución que ponga fin al proceso. Incluiría tanto la actividad investigadora (en la que intervendrán en papeles diversos la Policía, el Juez instructor, la Fiscalía, los querellantes), como la decisora del órgano jurisdiccional. Según esta concepción, decir “acción penal” equivale a decir “procedimiento penal”. La acción física directa contra el adversario, quedaría así suplantada por la acción del Estado para la inicial averiguación y eventual persecución y punición de los hechos que resulten constitutivos de delitos.<sup>46</sup>

En este sentido podría interpretarse las referencias a la “acción penal” contemplada desde el punto de vista del destinatario. La actividad se desenvuelve contra un sujeto determinado o por determinar, presunto autor de un hecho delictivo, y de ahí que la acción penal se relacione con un destinatario, aunque éste tenga que ser individualizado a lo largo del proceso. Este extremo es perceptible, por ejemplo, cuando la ley se refiere a los efectos del ejercicio de las facultades discrecionales de la Fiscalía en relación con la oportunidad. Así, el art. 21 CPrPn establece que *La decisión que prescinde de la persecución penal extinguirá la acción pública en relación al imputado en cuyo favor se decida*. Alguna de las causas de extinción de la “acción penal” nos vendrían a hablar de lo mismo, tal y como ocurre, por ejemplo, con la de la muerte del imputado (art. 31.1 CPrPn): si con su fallecimiento no cabe hablar ya de acción penal, parece claro que el propio concepto estará en relación directa con el sujeto presunto autor del delito.<sup>47</sup> Dejando éste de existir carecerá de sentido la práctica de ninguna actividad procesal, que tendría lugar en un vacío subjetivo.

b) *Acción penal como acusación*

Es evidente que en otras muchas ocasiones, lo que la Ley llama “acción penal” no incluiría todos los actos que se engloban en el procedimiento, sino sólo unos muy concretos dentro de éste, cuyo ejercicio supone el de un poder

---

46 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, 2ª ed. México 1970, pp. 164 y ss.

47 Tal dato podría conducir a descartar ya desde este primer momento y a tenor de esta acepción del término que el ejercicio de la “acción penal” sea un derecho de acción, en tanto una de las notas consustanciales de éste, tal y como hoy lo conocemos, es precisamente que el destinatario sea siempre el Estado.

autónomo ligado a la facultad estatal de imponer las penas. La acción penal será el medio procesal de hacer valer la exigencia punitiva, la figura que adopta el derecho de penar en el proceso asimilado a una contienda entre partes.<sup>48</sup> Estaríamos en definitiva ante el mecanismo que posibilita la realización del derecho de penar por el Estado quien, a consecuencia de la prohibición de la autotutela, ha asumido el monopolio de la función de administrar justicia<sup>49</sup> y que, asumiendo la garantía para el imputado que supone la vigencia del principio acusatorio, requiere la intervención de un sujeto diverso al órgano jurisdiccional que demande su actividad.

La “acción penal” sería por tanto un cúmulo de actos dirigidos a poner la base que precisa una sentencia al amparo de una concepción acusatoria del proceso, determinando si concurren los presupuestos para el enjuiciamiento y eventual condena. Esto es, la petición de una resolución jurisdiccional realizada por sujeto diverso al competente para dictarla, con delimitación de los presupuestos subjetivos y de la *causa petendi* integrada por un concreto hecho que se reputa delictivo. Destaca así el carácter de la acción penal como actividad, como poder o como instrumento que constituye un presupuesto de la resolución jurisdiccional. No se olvide que habrá de considerarse algo único y objetivamente idéntico sea quien sea que en la práctica realice el conjunto de actos que encierra.

Su contenido no viene determinado sólo por una concreta calificación jurídica del hecho presuntamente delictivo, sino por la actividad conducente a la averiguación de sus circunstancias, con el objeto final de provocar eventualmente una resolución de condena de un sujeto por unos hechos singulares. La “acción penal” no es por ello sólo lo que se pide (la *res in iudicio deducta*) sino todo el conjunto de actividades realizadas por sus ejercitantes y dirigidas a fundamentar tal petición.<sup>50</sup>

---

48 GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, op. cit. p. 88.

49 Vid. en este sentido ALCALÁ-ZAMORA, N., “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, en *Teoría General e Historia del Proceso* T. I, p. 333.

50 Resaltaba LEONE que con el término *azione penale* podríamos entender el derecho subjetivo de provocar una decisión del juez sobre un determinado hecho, pero también el acto o complejo de actos a través de los cuales ese derecho subjetivo se hace valer, incluyendo tanto su inicio como su ejercicio. LEONE, G., Voz “Azione penale”, en *Enciclopedia del Diritto*, p. 858.

c) *“Acción penal” como obligación de la Fiscalía o como facultad de la víctima y otros particulares*

El CPrPn confiere a la víctima y a algunos ciudadanos, en los términos y con los límites que se comentarán más adelante, unas facultades activas que permiten afirmar que comparten con la Fiscalía facultades acusatorias. Es posible constatar así que la realización del deber estatal de concretar las bases precisas para que se dicte una resolución sobre un hecho presuntamente delictivo supone también una facultad atribuida a los ciudadanos, quienes, dadas ciertas premisas, podrán actuarla formulando la oportuna querrela. En este caso deberíamos hablar de acción como ejercicio de la acusación, o bien de acción como interposición de querrela –en tanto ésta es su instrumentación formal–.

No debe confundirse, por ende, la “acción penal”, como conjunto objetivo de actividades dirigidas a un fin (la resolución jurisdiccional), con el ejercicio efectivo de ellas. O dicho en otras palabras, no puede ser lo mismo la acusación que el acto de acusar, en tanto con la acusación nos referimos a algo estático y susceptible de ser descrito en abstracto, mientras que en el acto de acusar habremos de descender al plano de lo concreto.

Esta interpretación de lo que es la “acción penal” no describe su naturaleza misma, sino que sólo nos habla de los sujetos a los que compete o se les reconoce la facultad de deducir en juicio esa actividad. Ante la intervención de ciudadanos particulares o del MF estaremos por tanto ante modalidades de ejercicio o de formas para llevarla a la práctica, pero no ante un cambio en su naturaleza objetiva.

### **3. Las diversas modalidades de ejercicio**

Una vez analizado lo que se contiene en el ambiguo término “acción penal” corresponde detenerse en el contenido del art. 19 CPrPn, referido en su primer inciso a las modalidades de su ejercicio.

La opción del legislador ha venido a consolidar la división clásica entre ejercicio público, con o sin previa instancia de particulares, y ejercicio privado. Se impone recordar no obstante que, con independencia de la denominación que se le confiera, tratándose de la acción penal siempre estaremos en presencia de una institución de naturaleza, finalidad y carácter público.<sup>51</sup> Cues-

---

51 En el mismo sentido vid. SERRANO, A.A.; RODRÍGUEZ, D.E.; CAMPOS VENTURA, J.D.; TREJO, M.A., *Manual de Derecho Procesal Penal*, San Salvador 1998, p. 239

ción diferente será la forma en la que puede ser ejercitada y los presupuestos a los que se vea sometida. Se incluyen en el precepto, no obstante, unas llamativas vías de trasvase que permiten la transformación de una modalidad acusatoria en otra, o incluso la desaparición selectiva y discrecional de su propio ejercicio.

La ley distingue así entre:

a) *Acción pública*

Opera como criterio general, en tanto mientras la ley no establezca otra cosa, la persecución de los hechos delictivos se realizará mediante “acción pública”. A esta modalidad deben referirse los planteamientos presentados en páginas anteriores y gran parte de los que hagamos en las siguientes.

b) *Acción pública dependiente de instancia particular*

Con estos términos con los que el legislador se refiere a un tipo de procesos penales en los que la persecución queda sometida inicialmente al criterio de quien haya sufrido el daño o de quien legalmente le represente. A tenor del 2º párrafo del art. 26 CPrPn *en estos casos no se perseguirá penalmente sino por petición de la víctima, o en caso de incapacidad, por quien ejerza su representación legal o por el guardador.*<sup>52</sup> El sujeto pasivo de la conducta delictiva (o la persona a quien se asigna su representación) se erige así en titular de un derecho a que el proceso no se inicie contra su voluntad, originando como consecuencia la impunidad. El efecto que el ordenamiento jurídico le otorga a ese derecho es el de impedir el proceso allí donde la persecución del delito pueda ser más perjudicial para los intereses de sus titulares que la impunidad derivada de la ausencia de proceso y, por ende, de posible ejercicio del *ius puniendi*. Se considera que para determinadas personas y en determinados tipos de delitos, el proceso podría significar una carga inasumible en tanto, según su criterio, pudiera llevar aparejado una segunda victimización o cualquier tipo de daño (psicológico, moral, social, etc.) a soportar conjuntamente con el producido por el delito.

---

52 Esta previsión se completa con la del art. 239.II C.Pr.Pn. al establecer que *cuando se trate de un delito de instancia particular sólo actuará (el Juez) cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación.*

Se trata de una facultad inicialmente pre-procesal, orientada a condicionar su propia existencia, puesto que el art. 229 CPrPn impide que se proceda a no ser por actos urgentes de investigación de no constar la petición por alguno de los legitimados activamente.<sup>53</sup> Y si el proceso se hubiera iniciado en ausencia de la instancia de particular, tendrá que ser declarado nulo (vid. art. 224.3 CPrPn), con lo que podemos entender se erige como un verdadero presupuesto procesal.

La petición realizada por particular no siempre incidirá, sin embargo, en el posterior desarrollo del proceso: una vez satisfecha la actividad inicial de requerimiento y puesta en marcha la actividad persecutoria, no será preciso que la víctima o quien le represente realicen acto procesal alguno. El ejercicio de la pretensión penal deviene a partir de ese momento obligación pública y sólo en este sentido puede entenderse el reiterativo inciso último del segundo párrafo de este artículo, que consagra la oficialidad de la acusación también “cuando la persecución deba hacerse a instancia previa de los particulares”.

La tácita voluntad de la víctima, habilitante de la persecución, deberá mantenerse presente a lo largo de toda la actividad procesal, pues en caso contrario puede optar por revocar la instancia particular (art. 40 CPrPn) originando la extinción de la acción penal, según lo previsto en el art. 31.8 CPrPn, y la civil según el art. 45.2.g) CPrPn. Puede afirmarse en este sentido que el ofendido no pierde con carácter absoluto la disponibilidad de la pretensión penal, sino que ésta permanece latente en tanto está facultado para hacer decaer la persecución en cualquier momento, extremo cuyas repercusiones prácticas lo asemejan al perdón, con los inconvenientes y riesgos que veremos posteriormente.

Debido a las consecuencias en orden a posibles impunidades que esta modalidad persecutoria pudiera producir, la ley establece lo que pretende ser un catálogo de delitos perseguibles a través de ella en el art. 26 CPrPn. No obstante, se ha habilitado también la llamativa posibilidad de que tal catálogo no sea de aplicación mediante la factible conversión de tales conductas en perseguibles sólo mediante acción privada (vid. art. 29.1 CPrPn).

---

53 El art. 239 CPrPn establece en relación con las funciones de la Policía de Investigación que, cuando se trate de un delito de instancia particular, *sólo actuará cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción, o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación.*

c) *Acción privada*

Opera con carácter exclusivo en los supuestos descritos en el art. 28 CPrPn (delitos contra el honor y la intimidad, hurto impropio, competencia desleal, desviación fraudulenta de clientela y cheques sin provisión de fondos). Estamos ante conductas a las que el legislador atribuye escasa incidencia pública, reduciendo ésta al propio sentimiento de quien hubiere recibido la ofensa y cuya persecución quedará limitada por razones de política criminal a su iniciativa y a su actividad. De esta manera, cuando no sea estrictamente necesario a juicio del ofendido, se tratará de evitar el *strepitus fori* en delitos que no revisten grave dañosidad social y que en algún caso se hallan cercanos a meros ilícitos civiles.<sup>54</sup> En otras palabras podría afirmarse que si la víctima no otorga trascendencia al daño sufrido, no existirá motivo para entender que tales conductas se insertan en un mandato penal. Ello se evidencia, por ejemplo, en alguno de los delitos relativos al honor como pudiera ser la calumnia, difamación o injuria (arts. 177 a 182 CPn.) en los que sólo si hay un sentimiento de ofensa la ley penal encuentra ámbito de aplicación.

El Estado, único titular del *ius puniendi*, delega así con carácter exclusivo y excluyente en los particulares víctimas de tales conductas la facultad de poner las bases para el enjuiciamiento penal. Tal y como prevé el 2º párrafo del art. 28, *en estos casos se procederá únicamente por acusación de la víctima* y ello se realizará conforme al procedimiento específico diseñado por el legislador en los arts. 400 a 405 CPrPn, el llamado "Procedimiento por delito de acción privada". De igual manera, los particulares legitimados ostentan el derecho de poner fin al proceso penal en cualquier momento, si esa es su intención, renunciando o abandonando la acusación.<sup>55</sup> En estos casos lo que provocan es la extinción de la acción penal (art. 31.9 CPrPn).

Otra manifestación del carácter privado y patrimonializado de la persecución de los delitos llamados de "acción privada" es perceptible en la posibilidad prevista en el art. 31.10 CPrPn. La muerte de la víctima, en principio único sujeto legitimado activamente, vendría a extinguir con carácter general la acción penal, puesto que de otro modo topáramos con impedimento subjetivo

---

54 Esta concepción se ve ratificada por la posibilidad prevista en el art. 29 C.Pr.Pn. de transformar determinadas acciones públicas en privadas a petición de la víctima y con autorización de la Fiscalía General de la República cuando no exista un interés público gravemente comprometido.

55 Vid. art. 404 CPrPn

incuestionable. No obstante, en caso de fallecimiento de aquél, y siempre que la persecución haya sido ya iniciada por él, el legislador habilita a sus sucesores o herederos a proseguirla, dando a entender que esta facultad se integraría en el patrimonio del causante.

Cabe únicamente recordar que con el término “privada” nos referimos a una determinada modalidad de ejercicio de la acción penal, pero no a ésta misma, que sigue siendo de naturaleza pública, aun cuando su formulación práctica quede supeditada a particulares. Puede entenderse por tanto como una delegación de la obligación estatal de ejercitar y sostener la pretensión penal que repercute en una carga para algunos particulares.<sup>56</sup>

#### 4. “Obstáculos” al ejercicio de la acción penal (art. 30 CPrPn)

El artículo 30 CPrPn aborda dos cuestiones absolutamente heterogéneas que, sin embargo, confluyen en su consecuencia común: la obligada suspensión del ejercicio de la acción penal hasta que desaparezca el obstáculo correspondiente. No se trata, por tanto, de modalidades extintivas de la acción penal, sino de la presencia de impedimentos procesales de distinto signo que trabarán la posibilidad de ejercitar la acción penal en tanto no sean resueltos. Se trata por un lado de la prejudicialidad en el proceso penal y por otro de la posible pendencia de un antejuicio en los supuestos legalmente previstos, dos impedimentos procesales de muy diversa naturaleza que, lógicamente, han de ser abordados por separado.

##### a) *Prejudicialidad*

La prejudicialidad en el proceso penal constituye un supuesto de conexión de cuestiones penales con otras materias jurídicas, que pueden ser de muy diversa naturaleza, cuya toma en consideración determinará el contenido de la resolución a adoptar en el proceso penal en el que nos halleemos. La declara-

---

56 JELLINEK incluía entre el ejercicio de derechos de soberanía estatal por los particulares (*Ausübung staatlicher Hoheitsrechte durch Private*) la acusación del ofendido en este tipo de delitos. A su juicio, el Estado transferiría a éste, en su calidad de persona privada, la función que en abstracto le correspondería al Ministerio Público, atribuyéndole un derecho a tener un puesto propio en el proceso penal. El Estado, titular originario del Derecho de acusación (*Strafklagerecht*), delegaría una de sus funciones, atribuyéndola a determinados particulares. JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen 1905, pp. 252 y ss.



ción de la existencia del delito con sus circunstancias y la atribución de la pena requerirá con carácter imprescindible la previa resolución de la cuestión suscitada, en virtud del nexo lógico que une a ambas.<sup>57</sup> Prescindiendo de este consolidado concepto doctrinal, la ley no aporta demasiadas pistas en relación con esta materia, puesto que no apunta ninguna otra referencia a la prejudicialidad que la sencilla alusión contenida en este precepto. Las posibilidades de interpretación de la voluntad del legislador quedan así enturbiadas al encontrarnos ante un precepto que prácticamente se halla “en blanco”.<sup>58</sup>

La norma viene a hablarnos de la imposibilidad de prosecución de un proceso en marcha tan pronto como se plantee una cuestión –de naturaleza penal o no– que deba ser necesariamente resuelta con carácter previo –por el mismo órgano jurisdiccional o por otro–, en tanto de ella dependa el pronunciamiento judicial sobre el fondo. Articulado como presupuesto procesal que posibilita (u obliga a) la realización de un enjuiciamiento previo, la resolución de la cuestión prejudicial, detendrá temporalmente el curso de la acción penal hasta que éste haya tenido lugar en la sede correspondiente.

#### b) *Antejuicio*

El caso del antejuicio goza de una razón de ser bien diferente al supuesto anterior, entre otras cosas porque el impedimento opera no en el seno del proceso, sino que condiciona la propia existencia de éste. La necesidad de que exista una “declaratoria de formación de la causa”, bien por la Asamblea Legislativa, bien por la Corte Suprema de Justicia, viene configurada legalmente como presupuesto procesal para la persecución de los delitos que hubieren podido cometer los sujetos aforados a los que se refieren los artículos 381 y 382 CPrPn, con remisión al art. 236 CN. Y ello porque en virtud del art. 384 CPrPn *antes de la declaratoria de formación de causa, contra el titular del privilegio no se podrán realizar actos que impliquen una persecu-*

---

57 Para un estudio profundo de la materia es de obligada referencia GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, T. I, pp. 136 y ss.

58 Llama poderosamente la atención que la ley haya desconocido las múltiples variables que se ocultan tras el término “prejudicialidad” y los muy diversos puntos de vista acuñados doctrinalmente. Dependiendo de lugares y de autores se ha hablado así de cuestiones prejudiciales “a la acción” o “al juicio”; “homogéneas” o “heterogéneas”; “generales” o “especiales, genéricas y específicas”; “devolutivas (absolutas o relativas) o no devolutivas”; “de Jurisdicción” y “de competencia”; “directas” o “indirectas”, etc. Al respecto vid. SENÉS MOTILLA, C., *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Madrid 1996, p. XX.

*ción personal y sólo se podrán practicar los actos de investigación indispensables para fundar la denuncia del antejuicio.*

Se trata de un verdadero presupuesto procesal que requiere ser satisfecho con carácter previo a la iniciación de la actividad persecutoria, por lo que no es que suspenda el ejercicio de la acción penal, sino que lo imposibilita al menos temporalmente. Parece lógico que el ejercicio de la acción penal frente a los sujetos privilegiados quede vetado *ab initio*, puesto que de otro modo, y en tanto el impedimento no hubiera sido alzado mediante la actividad descrita, persistirían dudas que pesarían sobre la totalidad del desarrollo procesal. Puesto que el proceso ni siquiera habrá podido llegar a dar sus primeros pasos sin la resolución del antejuicio, con la salvedad de los actos de investigación indispensables dirigidos precisamente a articular un fundamento a la solicitud de éste, no podemos realizar una interpretación basada únicamente en la estricta literalidad del precepto al decir que “se suspenderá” el ejercicio de la acción penal.

No ha de olvidarse que tras la oportuna tramitación del antejuicio, y aún inadecuadamente, pudiera negarse el otorgamiento de “la declaratoria para la formación de la causa”. En este caso la persecución quedaría absolutamente vetada, lo que nos lleva a concluir que no estamos ante un supuesto de suspensión temporal susceptible de recobrar vigencia, sino ante un verdadero impedimento que vendría a enervar el posible ejercicio del *ius persequendi* ínsito en la acción penal y, consecuentemente, el del *ius puniendi*.

### **III. Ejercicio de la acción penal pública por oficiales públicos**

#### **1. La Fiscalía General de la República**

La legitimación para el ejercicio de la acusación vendrá determinada en función de las modalidades ya descritas anteriormente, si bien en las dos primeras, las más trascendentes, será habitualmente la Fiscalía General de la República.<sup>59</sup> La generalidad y abstracción de la ley y el derecho de los ciudadanos a la instauración de un proceso como garantía jurídico-fundamental con-

---

59 Únicamente en el caso de las acciones privadas podrá ser la víctima del delito con carácter exclusivo quien desarrolle la actividad conducente al enjuiciamiento mediante la acusación.

fluirán en cada caso concreto a través del ejercicio de la acusación por quien constitucionalmente (art. 193.4º CN) viene a ello obligado. Ello sucederá en dos supuestos que el CPrPn intenta deslindar, aun reconociendo su intrínseca identidad y su diferencia únicamente en la existencia del presupuesto procesal de la intervención activa del ofendido: los delitos públicos y los delitos perseguibles previa instancia particular. Tres extremos se hallan presentes en la previsión del art. 19 CPrPn: la asignación de tal función a la Fiscalía, su carácter de iniciativa de oficio y una referencia a los supuestos en los que ha de entenderse vigente esa asignación.

En relación con el primero de esos tres aspectos, el segundo párrafo del art. 19 CPrPn, junto con el art. 83 y el 235.1 CPrPn, concretan la previsión constitucional en la que se asigna a la Fiscalía General de la República el deber de promoción de la acción penal (art. 193.4º CN). De esta manera se plasma con carácter general el principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal, aun cuando ello no se haga en régimen de monopolio. A tal efecto se designa a un órgano estatal, integrante del Ministerio Público, organizado jerárquicamente con el fin de actuar con criterios de unidad y cuya misión principal radica en defender los intereses del Estado y la sociedad, promoviendo de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad. Es más, desde su vínculo con la tutela del interés público, tales tareas las deberá realizar desde la imparcialidad (vid. por ejemplo art. 238.II CPrPn).

El Fiscal General de la República es en El Salvador una de las altas magistraturas que integran el Ministerio Público, compartiendo esta posición con el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y los demás funcionarios que determine la ley (art. 191 Cn).<sup>60</sup> En su caso, y en consonancia con el art. 193 Cn le corresponden entre otras funciones la de defender los intereses del Estado (inc. 1º), promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad (inc. 2º), dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil (art. 3º) así como promover la acción penal de oficio o a petición de parte.<sup>61</sup> La referencia constitucional al Fiscal y no a la Fiscalía como órga-

---

60 Ello ha sido calificado con acierto como "híbrido institucional". Vid. SERRANO / RODRÍGUEZ / CAMPOS VENTURA / TREJO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, San Salvador, 1998, p. 372. Las atribuciones constitucionales del Ministerio Público encuentran su desarrollo también en la Ley Orgánica del Ministerio Público (art. 3).

61 Cabe incluir entre sus funciones en el proceso penal, también, la de promover el enjuiciamiento (y eventual castigo) de los indiciados por delitos contra las autorida-

no estatal sólo puede entenderse desde la necesidad de que aquellas funciones se realicen a través de agentes auxiliares, razón por la cual los fiscales actuarán en representación (y por delegación) del Fiscal General de la República.<sup>62</sup> Queda así garantizado el principio de oficialidad de la acción penal, en consonancia con su naturaleza pública.

El art. 83 CPrPn, por su parte, alude a dos funciones ciertamente conexas, pero claramente diferenciadas, que no necesariamente tendrían por qué haber concurrido en la Fiscalía General de la República: la dirección de la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal.<sup>63</sup> Mientras la primera de estas funciones se asigna únicamente a la Fiscalía General de la República, puesto que sólo sus integrantes estarán habilitados para dirigir la investigación (con las limitaciones derivadas del control por el juez de instrucción), la segunda no la ostentan en régimen de monopolio, en tanto la misma función puede ser satisfecha por sujetos privados en los términos que más adelante se verán.

- a) La dirección de la investigación de los delitos supone la encomienda de una función rectora que históricamente no correspondía a los órganos públicos de acusación pero que es hoy cada vez más frecuente en el derecho comparado y que la Constitución Nacional ha recogido en su art. 193.3º. Las vías por las cuales podrá llegar al Fiscal la *notitia criminis* adoptan diversas formas: denuncia (art. 229 y ss.), querrela de particular (art. 235), informe de la policía (art. 235), por notificación del Juez de Paz (art. 237) o por conocimiento directo. En cualquiera de estos casos

---

des, y de desacato, a la que alude específicamente el inciso 6º del art. 193 Cn. De igual forma podría recordarse aquí su competencia para la promoción en su caso del antejuicio ante la Asamblea o ante la Corte Suprema de Justicia (art. 383 CPrPn).

62 QUINTANILLA NAVARRO, LIZANDRO HUMBERTO. Los sujetos procesales, en el volumen colectivo *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, Corte Suprema de Justicia, Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador 2000, p. 326. SERRANO / RODRÍGUEZ / CAMPOS VENTURA / TREJO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 374.

63 Son varios los países donde la dirección de la investigación no se atribuye al Fiscal sino que la asignación de tal función se ha mantenido en un órgano jurisdiccional (el juez de instrucción), que al objeto de no incurrir en la denominada "contaminación inquisitiva" deberá ser necesariamente diverso de aquel otro al que se asigne el enjuiciamiento. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en Francia, en Austria o en España. En este último país la cuestión es objeto permanente de debate doctrinal y político desde hace algunos años, destacando en contra de la atribución al Fiscal la dirección de la investigación de los delitos el argumento de su dependencia, tanto externa (con respecto al Ejecutivo), como interna (en el seno de la propia Fiscalía).

nacerá su obligación<sup>64</sup> de iniciar las llamadas “Diligencias iniciales de investigación”, para cuyo estudio en concreto debemos remitirnos a los comentarios a los arts. 238 y ss. CPrPn.

- b) Corresponde a la fiscalía la promoción (o ejercicio) de la acción penal ante los Jueces y Tribunales como función esencial en el Estado de Derecho. Aun cuando en relación con esta materia nos debemos remitir nuevamente a lo ya expuesto detenidamente en relación con la acción penal en páginas precedentes, corresponde plantearse cuando menos la finalidad de tal asignación. Tal y como se expuso entonces, la promoción de la acción penal ha de servir a un único e indivisible interés público que radica en el enjuiciamiento de las conductas que revistan la apariencia de delito de forma que el pleno cumplimiento de las normas penales sirva de premisa sobre la que se asiente la paz social. Será misión del Fiscal por tanto la de dar plena satisfacción al principio *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio* en el proceso penal, función que requiere ser ejercitada desde la imparcialidad y la estricta sujeción al principio de legalidad (con las salvedades reconocidas también legalmente). Cualquier atisbo de arbitrariedad en su función deberá ser extirpado de raíz, de forma que la tutela del interés público no sufra lesión alguna. Progresivos juicios valorativos le inducirán en el curso de su actividad a discernir entre las opciones que se presenten prevalentes para la idónea satisfacción de la misión que constitucionalmente se le asigna.

Desde su carácter de tutelador del interés público (art. 3.III CPrPn), el ejercicio de la acción penal pasará por tanto no sólo por una actividad tendente a la búsqueda de una condena por encima de cualquier otra consideración, sino al reconocimiento de la mayor prevalencia de un interés social frente a otro. Ello le conducirá en ocasiones a solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional o a instar la absolución del injustamente acusado.

Por último a este respecto, la ley no alude a una de las misiones que entendemos propias también de la Fiscalía y que habrá de deducirse de su vínculo estricto con la defensa de la legalidad: la oposición a las acciones penales ejercitadas por sujetos privados cuando éstas carezcan de

---

64 En realidad, en virtud del principio de oficialidad, existirá una obligación correspondiente a cada uno de estos servidores públicos de realizar todas las actividades que residan en su ámbito competencial y sean conducentes al enjuiciamiento de los hechos aparentemente delictivos.

fundamentación. Ello podrá traducirse no sólo en la alegación de tal circunstancia en el momento oportuno tan pronto como se tenga noticia, sino en la utilización de los medios de impugnación para oponerse a alguna resolución jurisdiccional en contra del reo que se considere inadecuadamente adoptada.

Aun cuando en el precepto no se aborden expresamente aspectos relativos a la organización y funcionamiento de la Fiscalía entendemos conveniente hacer una breve alusión a la vigencia de un principio de jerarquía en esta institución que se puede deducir del conjunto del Código Procesal y que surtirá efectos en relación tanto con sus funciones de investigación como en las de promoción de la acción. Ello es observable si se tiene en cuenta la posibilidad inserta en el art. 258 CPrPn de que en caso de disconformidad del juez con la solicitud de un fiscal de desestimación, sobreseimiento o aplicación de un criterio de oportunidad, pueda someter tal petición a la consideración del Fiscal superior al objeto de que éste dicte al respecto. La opción que se le presenta a éste será la de ratificar aquella decisión o bien formular un nuevo requerimiento que será atendido por el juez.<sup>65</sup> De igual forma, pero en un momento posterior, el art. 321 CPrPn posibilita también la intervención del Fiscal superior por iniciativa del juez cuando, finalizada la audiencia preliminar, el agente que estuviese actuando no acusase y el órgano jurisdiccional lo considerase inadecuado.

## 2. Requisitos formales de actividad

El párrafo segundo del art. 83 CPrPn alude a determinados requisitos formales que deberán revestir los requerimientos y conclusiones que formule la Fiscalía en el curso de su actividad. Estas exigencias son de dos tipos:

a) *Motivación y especificación de los requerimientos y conclusiones:*

La exigencia de motivación implica la obligación de fundamentar todas sus actuaciones, de manera que éstas no puedan ser reputadas como arbitrarias, irrazonadas o irracionales. No es más que una manifestación concreta del mandato establecido en el art. 3.III CPrPn y dirigido a las autoridades admi-

---

65 A diferencia del llamado "procedimiento para compeler al ejercicio de la acción penal" (*Klageerzwingungsverfahren*), previsto en los arts. 172 a 177 de la StPO alemana, la iniciativa en este caso no tiene por qué partir de la víctima, sino que el juez podrá de oficio asumir tal iniciativa.

nistrativas y a los jueces tendente a la fundamentación de todas sus decisiones. Especialmente relevante será que la motivación se base sobre argumentos verdaderamente firmes, y no se reduzca a meras fórmulas rituarías miméticamente trasvasadas de unos a otros asuntos. Deberá contener por tanto un razonamiento sustentado sobre la base de las concretas circunstancias en las que se inserte.

*b) Forma oral o escrita:*

La actuación de la Fiscalía habrá de revestir de forma oral o escrita en función lógicamente de la ocasión en que se verifique. Deberá ser de carácter oral y, por tanto, realizada con plena vigencia de la inmediación en los tres trámites fundamentales de esta naturaleza que se suceden a lo largo del proceso: la audiencia inicial, la audiencia preliminar y la vista oral. En el resto de los casos, la ley establece que se haga por escrito, sin perjuicio de que puedan realizarse materialmente en forma oral pero debiendo ser documentadas mediante el acta oportuno.

### 3. Facultades

Las facultades que encierra esta atribución se expanden a lo largo de todo el proceso y su cristalización dependerá del momento procesal en que nos encontremos:

- a) Entre las más significativas en el ámbito de la fase inicial, y tratándose de delitos,<sup>66</sup> cabrá citar la recepción de denuncias (art. 229 y 235 CPrPn); la formulación de requerimientos ante el Juez de Paz (art. 235 CPrPn); la coordinación, realización e intervención en actos de investigación (arts. 238 y ss. CPrPn);<sup>67</sup> la realización del requerimiento fiscal en los términos de los arts. 247 y 248 CPrPn; la participación en calidad de “parte” con las consecuencias que ello comporta en todos los actos subsiguientes (art. 254 CPrPn para la audiencia inicial, 261 CPrPn para la declaración sobre

---

66 El “Juzgamiento por Faltas” es abordado en el capítulo único del Título III, Libro III, arts. 391 a 396.

67 Junto a la promoción de la acción penal, la Fiscalía General de la República ostenta también facultades de investigación (art. 193.3º CN), que siempre se realizarán bajo control jurisdiccional, y *en procura de todos los elementos que les permitan fundamentar la acusación o pedir el sobreseimiento* (art. 84 CPrPn).

los hechos y 268, 271, 272 CPrPn para la denominada “instrucción”); así como para oponer las “excepciones de previo y especial pronunciamiento” del art. 277 CPrPn. La Fiscalía está habilitada también para la solicitud de medidas cautelares (art. 247.2º párrafo CPrPn) e incluso para la práctica de la “detención administrativa” a la que alude el art. 289 CPrPn o para requerir de la policía su práctica (art. 290.2º CPrPn).

- b) En la que podemos calificar como fase intermedia, y antes de la audiencia preliminar el fiscal tendrá que concretar los términos en que ejercita la acción penal, optando entre las diversas posibilidades que ofrece el art. 313 CPrPn: sobreseimiento definitivo o provisional,<sup>68</sup> aplicación de un criterio de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento, aplicación del procedimiento abreviado en los supuestos tasados, conciliación o bien acusación en los términos del artículo siguiente. Si esta última es la opción elegida, habrá de concretar la imputación en relación con los hechos que van a ser enjuiciados y con su presunto autor, realizando ya una calificación jurídica y ofreciendo los elementos probatorios susceptibles de ser introducidos en la vista oral (art. 314 CPrPn). Admitida total o parcialmente por el Juez, éste ordenará la apertura a juicio (art. 320.1 y 322 CPrPn).
- c) En el desarrollo del denominado “Juicio Plenario”, donde la intervención del acusador adquiere protagonismo principal, en tanto sin ella no será éste posible, explicará la acusación (art. 338 CPrPn) y podrá ampliarla en los términos del art. 343 CPrPn, participar en la actividad probatoria (art. 347 y ss. CPrPn) y expresar sus conclusiones finales (art. 353 CPrPn). Tal y como ya se ha dicho, con ello se concretará la pretensión penal, que delimitará objetiva y subjetivamente el enjuiciamiento.

En razón de su cargo y de la misión constitucionalmente asignada, la actividad de la Fiscalía deberá desarrollarse de oficio, bien por propia iniciativa, bien a instancia de parte puesto que sin acusador no podrá haber juicio.<sup>69</sup> Este carácter oficial respeta y consolida los principios *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, necesaria salvaguarda frente a la omnipotencia de los jueces, en tanto nos permite distinguir las diversas funciones enco-

---

68 Por ejemplo cuando no sea posible fundamentar la acusación (vid. art. 308 CPrPn).

69 En virtud del art. 248 CPrPn “no podrá realizarse la audiencia inicial ni ordenarse instrucción formal sin el respectivo requerimiento fiscal”.



mendadas a éstos últimos y a la Fiscalía. Se impone recordar que el inciso 1º del art. 86 del derogado CPrPn de 1974 decía textualmente que *la acción penal deberá ser iniciada y seguida por el Ministerio Público o de oficio por el juez*, habilitando una irrupción de formas inquisitivas en el proceso penal más propias de tiempos remotos. El actual código, optando sin embargo por la asignación a un órgano judicial de la instrucción preliminar<sup>70</sup> y a la Fiscalía General de la República de la competencia para promover la acción penal, ha pretendido garantizar la separación de funciones aludida.

Las amplias facultades de la Fiscalía General de la República en el ejercicio de la acción penal se han intentado contrapesar con mecanismos correctores. Al margen de la intervención de querellantes particulares, que será estudiada posteriormente, entre estos mecanismos destaca la posibilidad de control judicial de la acusación prevista en el art. 321 CPrPn para el supuesto de que un determinado fiscal no acuse y que tampoco lo haga un querellante. En este caso, si el juez considera que procede la apertura del juicio, ordenará que se remitan las actuaciones al fiscal superior para que acuse o ratifique la opinión de su subordinado. En este último caso y en virtud del principio acusatorio que impide la confusión entre las funciones de acusar y juzgar, el juez se verá imposibilitado ante la falta de actor para abrir el juicio oral.

El segundo párrafo del art. 19 CPrPn hace referencia también a que la acción penal se ejercitará "... en los casos determinados por este código". El legislador no ha demostrado demasiada precisión al insertar este inciso, pues parece dar a entender la existencia de un catálogo de delitos públicos perseguibles por iniciativa de la Fiscalía General de la República. No es el caso, pues el inciso ha de ser entendido en conjunción con el régimen de ejercicio de la acción penal, lo que nos obliga a llenar de contenido su dicción literal desde otro punto de vista: allí donde el Código no establezca otra modalidad de acusación (iniciativa de particular o acusación privada), será de oficio la Fiscalía la encargada de su sostenimiento.

---

70 La justificación de esta opción legislativa se basa en una decisión política, tal y como se viene a señalar en la Exposición de Motivos del C.Pr.Pn., epígrafe III, párrafo 10º.

## IV. Ejercicio de la acción penal pública por particulares

### 1. Los particulares como sujetos activos de la acusación

La Exposición de Motivos del CPrPn se refiere al querellante como *el ofendido por un delito de acción pública que se presenta con la solicitud formal de que se le tenga por parte, para actuar dentro del proceso penal en forma conjunta con la Fiscalía*.<sup>71</sup> De esta forma, el legislador ha pretendido conferir a las víctimas una facultad activa en el enjuiciamiento de los delitos que va más allá del mero reconocimiento de las atribuciones y facultades aludidas en el art. 13 CPrPn, para otorgarle cuando así lo solicite la cualidad de sujeto procesal. Además, tal y como veremos, esta posibilidad se extiende a otros legitimados que no necesariamente ostentarán el carácter de víctima del delito, pudiéndose hablar en algunos casos de un sistema de acusación popular, donde cualquiera (*quivis ex populo*) puede asumir la carga y la responsabilidad de realizar la actividad acusatoria.

El precepto se abre especificando que la personación del querellante únicamente podrá verificarse en los delitos de acción pública, denominación en la que hay que entender englobados tanto los llamados delitos de acción pública como los perseguibles previa instancia de particular en los que, salvado el presupuesto procesal del requerimiento por parte de la víctima, la persecución podrá desarrollarse a instancias de la Fiscalía. No obstante y a pesar de esta limitación inicial la práctica totalidad de los preceptos presentes en el Capítulo IV del CPrPn son aptos para extender sus previsiones también a la persecución de los delitos de acción privada. Esta afirmación encuentra su razón de ser en el precepto que cierra el capítulo (art. 106 CPrPn) así como en el art. 400 CPrPn, que habla de cumplir *con los requisitos previstos en este código para la acusación*. De ahí que a pesar de ello, gran parte de los aspectos que se analizarán a continuación son de perfecta aplicabilidad analógica a los procedimientos que se sigan para la persecución de los delitos de acción privada.<sup>72</sup>

---

71 A la redefinición de la figura del querellante se refiere el epígrafe 4.IV.

72 Así por ejemplo las relativas al desistimiento y abandono de la querrela y sus respectivos efectos (arts. 103 a 105 CPrPn).

A renglón seguido, el artículo 95 CPrPn viene a concretar una previsión que genéricamente se encuentra en el art. 13.1 CPrPn entre los derechos reconocidos a la víctima del delito: la facultad de intervenir en el procedimiento penal *conforme a lo establecido en este Código*. La puerta que abre esa intervención será precisamente la contemplada en este capítulo, umbral que una vez atravesado habilita la realización en lo sucesivo de una variedad de actos procesales cuyo alcance se irá abordando en sus respectivos momentos a lo largo de los presentes comentarios.

El sistema salvadoreño ha optado así por la configuración de un sujeto procesal que, actuando normalmente junto con el Fiscal pero ostentando una posición autónoma que hace independientes entre sí sus respectivas actividades, asumirá funciones acusatorias en el proceso. Puesto que como se abordó en relación con la acción penal, ésta goza de una naturaleza pública y de un carácter único, desde ambas posiciones se estará satisfaciendo un único e indivisible interés: el que se deriva del enjuiciamiento de las conductas lesivas para bienes jurídicos básicos en la ordenación social. Ello se realizará mediante la satisfacción del presupuesto en que consiste la acusación que, formalmente considerada y sin contemplar ahora su naturaleza, finalidad y exigencia de imparcialidad, bastará con que sea ejercitada por sujeto diferente al juzgador, sea éste público o privado. No puede hablarse en el sistema salvadoreño por consiguiente de un monopolio de la Fiscalía sobre el ejercicio de la acción penal, sino que habrá de contarse con un nuevo sujeto que eventualmente puede realizar esa misma actividad.

Con la admisión de su escrito de querrela y, una vez personado en el proceso, el querellante podrá ser considerado a todos los efectos como acusador, y su actividad versará normalmente sobre el mismo objeto que la de la Fiscalía si bien contemplando éste desde una óptica propia. Necesariamente la actividad de ambos sujetos se acabará solapando, pues se refiere a algo esencialmente único: la pretensión penal, si bien será promovida por uno u otro o por ambos simultáneamente. Se hace perceptible de esta forma la apertura legal de la acusación a la introducción de criterios e intereses propios del concreto particular habilitado para su ejercicio. Teniendo en cuenta la enorme sensibilidad del fino mecanismo sobre el que funciona el proceso penal, esta intromisión de intereses privados, consustanciales a la actuación del querellante, en un ámbito que tendencial y teleológicamente es público, producirá ocasionalmente disfunciones cuya repercusión habrá de ser evitada en la medida de lo posible.

Debemos plantearnos, por tanto, hasta dónde llegan las facultades procesales del querellante al objeto de determinar si estamos ante de un sujeto con plena aptitud para promover la acción penal o si se trataría de un mero coadyuvante en la promovida por el Fiscal como órgano a quien constitucional y

legalmente se asigna tal competencia. Según el criterio de QUINTANILLA NAVARRO, en el sistema salvadoreño regiría el monopolio en el ejercicio de la investigación y la acción penal por el Fiscal. Aun cuando la víctima, a través de un mandatario especial, se constituyese en querellante, eso no significaría que existiera alguna posibilidad de que la acción sea intentada o promovida por iniciativa de este sujeto. Por ello el querellante no podría de forma autónoma ejercer la acción penal cuando el fiscal ha solicitado la desestimación de la misma.<sup>73</sup> A nuestro juicio, sin embargo, el régimen de la acusación en el CPrPn admite ser contemplado desde otro punto de vista por cuanto el querellante sí que goza de una posición procesal autónoma con respecto a la del fiscal, si bien concordante en gran parte en lo referido a su objeto. A mayor abundamiento ha de tenerse en cuenta que el art. 14 CPrPn, desconociendo la verdadera esencia y función de la intervención de cada uno de los sujetos procesales, obliga a realizar un tratamiento igualitario de todos ellos a pesar de la desigualdad de partida.

Las facultades que encierra esta atribución se expanden a lo largo de todo el proceso y su cristalización dependerá del momento procesal en que nos encontremos. Sin ánimo de exhaustividad, podríamos tomar como muestra las siguientes: la instrucción irá encaminada entre otros extremos a fundar su acusación (art. 265 CPrPn), antes de la audiencia preliminar tendrá que concretar los términos en que ejercita la acción penal optando entre las diversas posibilidades que ofrece el art. 313 CPrPn: sobreseimiento definitivo o provisional,<sup>74</sup> podrá solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad (art. 20 últ. párrafo), intervenir para decidir sobre la transformación en procedimiento abreviado (art. 379), etc. Su opta por la acusación, habrá de concretar la imputación en relación con los hechos que van a ser enjuiciados y con su presunto autor, realizando ya una calificación jurídica incluso en forma alternativa y ofreciendo los elementos probatorios susceptibles de ser introducidos en la vista oral (art. 314 CPrPn). En el desarrollo del denominado "Juicio Plenario", donde la intervención del acusador adquiere protagonismo principal, en tanto sin ella no será éste posible (art. 321 CPrPn), explicará la acusación (art. 338 CPrPn) y podrá ampliarla en los términos del art. 343 CPrPn, así como participar en la actividad probatoria en un plano de igualdad con el Fiscal (art. 340 y 347 y ss. CPrPn) y

---

73 QUINTANILLA NAVARRO, LIZANDRO HUMBERTO. Los sujetos procesales, op. cit., pp. 325 y ss.

74 Por ejemplo cuando no sea posible fundamentar la acusación (vid. art. 308 CPrPn).

expresar sus conclusiones finales (art. 353 CPrPn). Con ello se irá concretando la pretensión penal, que, en conjunción con la actividad de los demás intervinientes irá delimitando objetiva y subjetivamente el enjuiciamiento.

Dada su condición de sujeto privado, y aun cuando se le está habilitando para ejercitar una función pública, no habría más reparo en asignarle la denominación “acusador particular” que el que se deriva de su posible confusión con quien realiza esta función en los procedimientos para la persecución de delitos privados. No obstante, no cabe olvidar que el querellante está habilitado también para realizar peticiones que poco tienen que ver con la función que se le asigna en el sistema y que parece debería ir dirigida a la aplicación del *ius puniendi* sobre el acusado. Nos estamos refiriendo en concreto a que el querellante podrá, por ejemplo, solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad en la persecución (art. 20 último párrafo CPrPn) o solicitar el sobreseimiento (art. 313 CPrPn), facultades que no parecen compadecerse bien con la función a ellos asignada. Es más coherente, por tanto, estimar que su presencia tiene por objeto la consecución en último extremo de la aplicación judicial de la consecuencia jurídica prevista por la norma penal. De hecho basta contemplar el art. 104.2 CPrPn que sanciona con considerar abandonada la querrela si el querellante no acusa.

## 2. Legitimación activa

Entendemos que las previsiones del CPrPn nos permite referirnos a tres diversos bloques en función del sujeto legitimado:

### a) *La víctima del delito*

Esta alusión se realiza en el sentido contemplado por el art. 12 CPrPn.<sup>75</sup> Se trata del titular primario de asignación de las facultades propias del querellante, si se tiene en cuenta que las demás posibilidades de personación de otros sujetos pueden ser consideradas como meras derivaciones de ésta. La actividad procesal deberá ser llevada a cabo por su representante, que a tenor del art. 98 CPrPn deberá ser Abogado de la República.

---

<sup>75</sup> Esto es, el directamente ofendido por el delito, los así considerados en caso de muerte del ofendido, los socios respecto a determinados delitos que afecten a la sociedad y las asociaciones de defensa de intereses colectivos o difusos cuando el delito esté vinculado al objeto propio de la asociación.

b) *Asociaciones*

Se trata de las asociaciones legalmente constituidas que representen procesalmente a las víctimas, misión para la que habrán de designar apoderados especiales. En este supuesto estaremos igualmente ante una modalidad de querrela de la víctima, con la particularidad de que ésta habrá de ceder voluntaria y expresamente su representación procesal. Una vez conferida, la víctima no podrá otorgar mandato a ningún otro ente colectivo pero tampoco actuar por sí misma, por lo que habrá de ser cauta en la utilización de esta facultad, siendo consciente de que delega y cede una atribución que originariamente le correspondía pero que dejará de estar en sus manos. De ahí que la ley exija que la intervención de entes colectivos se realice “previa petición” de la víctima, de quien tendrá que partir la iniciativa.

Los legítimos intereses del ofendido pueden así ser representados procesalmente por algunos sujetos colectivos, de los que la ley sólo exige que hayan satisfecho todos los requisitos para su constitución legal. La naturaleza de tales entes no viene sin embargo especificada pero, a nuestro juicio, su objeto asociativo debería encontrarse de alguna forma en conexión con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro y deberían carecer de fin de lucro, sin perjuicio de las oportunas compensaciones por los gastos originados. De otro modo se estaría fomentando la creación de entes cuyo objeto fuera la representación profesionalizada de las víctimas en el proceso, posibilidad que, además de no parecer deseable desde la configuración del proceso penal de nuestros días, no parece contemplar el CPrPn. Por otro lado, no hay duda de que tales sujetos, por compartir la expectativa de tutela jurídica con el afectado directamente y por poder acreditar un cierto grado de especialización en la persecución de determinadas conductas, derivado del conocimiento o de la experiencia en casos anteriores, podría suponer un aporte útil al proceso.

La representación procesal de la víctima, aun conferida a un ente colectivo, deberá materializarse necesariamente mediante la actividad de una persona física, en concreto a través de un apoderado especial. Este carácter de especialidad nos habla ya de que el mandato de representación habrá de ser otorgado con posterioridad a la comisión delictiva, en tanto no cabrán delegaciones genéricas o mandatos conferidos *sine die*, pues en él habrá de hacerse constar los hechos para cuya persecución se otorga.

La necesidad de acreditar la personería de las asociaciones legalmente constituidas de forma que su intervención procesal pueda llegar a ser admitida es abordada por el art. 97 CPrPn. La amplia apertura que esta norma confiere a la legitimación asociativa para la querrela requiere de unas mínimas garantías de fiabilidad en cuanto a los entes colectivos a los que se asigna la facultad de

querellar y a las personas que las representen. De ahí que se exija la acreditación de su personalidad jurídica, lo cual se traducirá en la aportación de elementos que justifiquen la culminación exitosa del correspondiente procedimiento administrativo en el que ésta se confiera.

Será precisa igualmente la acreditación de que el sujeto físico que exterioriza su voluntad es quien tiene asignada legal o estatutariamente la competencia para asumir compromisos en nombre del ente colectivo.

### c) *Acusación popular*

Cualquier ciudadano o cualquier asociación de ciudadanos legalmente constituida, en lo que podrían calificarse como supuestos de acusación popular<sup>76</sup> o revestidos de características que los acercan a ella. El legislador ha plasmado así con un carácter voluntarista una suerte de acción popular limitada, en tanto la legitimación activa para querellar se hace extensiva a todos los ciudadanos o asociaciones, sin necesidad de acreditar el carácter de víctima. Tal posibilidad se halla limitada a la persecución de determinados delitos con especial afección a intereses públicos. Dos son pues las cuestiones que trataremos de solventar en este momento: ¿quiénes pueden promover esta acusación popular? y ¿en qué supuestos puede esto hacerse?

- *Legitimación para la promoción popular de la querrela*: Si podemos hablar de una legitimación popular o de legitimación de cualquier ciudadano (*quis ex populo*) ello se debe a que la ley no determina directamente quiénes son los sujetos a los que se asigna la facultad de intervención activa en el proceso, sino que generaliza tal facultad. El correcto entendimiento de sus previsiones nos lleva a concluir que se hallarán legitimados aquellos a los que no se excluya expresamente, por lo que víctimas y quienes

---

76 Sobre la acusación popular vid. mi monografía PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op. cit. *passim*, donde se aborda con amplitud esta institución tan peculiar del derecho español desde una perspectiva histórica y de derecho positivo, con extensas reseñas de derecho comparado. En ella definiendo la dificultad de acomodar su pervivencia dentro del sistema teniendo en cuenta la existencia de un órgano de carácter público (el Fiscal) encargado de la tarea de promover la acción penal y sujeto al principio de legalidad. El carácter democratizador o de control del Fiscal que en ocasiones se le asigna no deja de ser en muchos casos más que una apariencia, peligrosa en cuanto pudiera ser utilizada como coartada para no acometer las necesarias reformas que precisa el proceso penal en el Estado de Derecho. Su papel en la actualidad es, por tanto, el de constituir una coyuntural válvula de seguridad en la fina maquinaria que gobierna el proceso penal y que ha de ser perfeccionada, sin olvidar su aptitud para hacer chirriar un mecanismo muy delicado.

no ostenten tal condición estarán en igualdad de condiciones en el momento de su ejercicio.

De otro lado, se prevé el ejercicio de las facultades acusatorias propias del querellante también a asociaciones de ciudadanos legalmente constituidas, dotando así de facultades de tutela del interés público inserto en el ejercicio de la acusación a sujetos colectivos que agrupan intereses comunes de sus asociados. Llama la atención, no obstante, el que baste el ostentar personalidad jurídica propia derivada de su correcta constitución, sin que se exija ningún tipo de vinculación entre la asociación que pretende acusar y el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta delictiva. Este extremo nos parece digno de crítica, por cuanto parece carecer de sentido otorgar a entes colectivos una competencia que cualquiera de sus miembros podría ejercitar por sí mismo, aun cuando recibiera el respaldo material y humano de una asociación. Quizá detrás de ello no se esconda más que el deseo del legislador de que la actividad individual pueda ocultarse en supuestos conflictivos, arriesgados o gravemente costosos en tiempo y dinero tras una actuación colectiva. Pero no pueden obviarse los riesgos que esta opción comporta, en tanto la responsabilidad dimanante de una utilización abusiva o fraudulenta quedará cuando menos difundida y difícilmente podrá ser hecha valer.

— *Supuestos en los que es posible el ejercicio popular de la querrela:* La acusación popular salvadoreña no se extiende a la totalidad de las conductas delictivas, sino que se delimita legalmente a cuatro supuestos diferentes, los cuales, por otra parte nos suscitan dudas sobre su carácter de genuinas “acusaciones populares”. Esta afirmación se comprenderá si se tiene en cuenta que en los casos que a continuación se describirán, aun pudiendo existir un titular individualizable de los bienes jurídicos atacados por la comisión delictiva, aluden a conductas en las que la lesión afecta con carácter prioritario a bienes jurídicos de referente supraindividual. Los supuestos de los que hablamos son los siguientes:

- Delitos oficiales, que a tenor del art. 22 CPn. son aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público. A efectos penales es el art. 39 CPn el que nos describe quiénes son funcionarios públicos: todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares, en la Administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos. Empleados públicos y municipales serán todos los servidores del Estado o de sus



organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico.

Es claro que en estos casos, sin perjuicio de la afección directa a un sujeto concreto, el delito producirá un evidente daño a la confianza en las autoridades e instituciones públicas. Incluso pudiera afirmarse que dados tales supuestos, la desconfianza en una correcta actuación por parte de la Fiscalía, un órgano peculiar en su configuración, pero en cualquier caso de naturaleza administrativa, alcanzaría niveles mayores. De ahí que la intervención de cualquier particular, a la par que posibilita la asunción por ellos de funciones públicas, puede suponer un revulsivo para que la actividad del fiscal se lleve por cauces idóneos o sea sustituida por la del ciudadano o asociación.<sup>77</sup>

- Delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, agentes de autoridad y autoridad pública<sup>78</sup> que impliquen una grave y directa violación a los derechos humanos fundamentales, esto es, a los contemplados en el Título II de la CN y en los textos internacionales sobre la materia suscritos por El Salvador.

En conductas tan lesivas no sólo para el directamente afectado, sino también para la sociedad en su conjunto, como son las relativas a violaciones graves y directas de los derechos humanos fundamentales, el deseo de evitar al máximo los posibles resquicios de la impunidad conduce a la apertura de la legitimación activa en el proceso penal.<sup>79</sup> De igual forma que en el supuesto anterior, también aquí

---

77 Este fue precisamente uno de los ámbitos sobre los que versó la discusión doctrinal y política seguida en varios países europeos durante el siglo pasado sobre la utilidad de la pervivencia de la acusación popular en sus respectivos sistemas, con particular incidencia en Italia. Se afirmaba así que, si bien con carácter general no sería deseable una acusación popular, en supuestos delictivos de esta naturaleza sí quedaría justificada. Sobre la cuestión vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, pp. 156 y ss.

78 Por autoridad pública ha de entenderse un funcionario del Estado que por sí solo o en virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. Por Agente de autoridad entendemos a los Agentes de la Policía Nacional Civil. Vid. art. 39. 2) y 4) CPn.

79 De igual forma pueden ser rastreados precedentes históricos a este respecto, pues uno de los mecanismos para el reconocimiento de facultades activas en el proceso penal al *quivis ex populo* había sido la de delimitar las conductas que se reputaban más gravosas para el interés público, abriendo la posibilidad de que su persecución se realizase por cualquiera.

sería factible reseñar la posibilidad, siempre existente, de una actuación de la Fiscalía no todo lo idónea que las circunstancias merecieran bien por sus propias carencias de recursos materiales o humanos o bien por criterios derivados de su dependencia administrativa.

- Delitos que se cometan contra el ejercicio del sufragio, que debemos entender nos remiten a los tipos de fraude electoral descritos en el art. 295 CPn. Se trata también de conductas que, aun pudiendo originar perjuicios individualizables (por ejemplo a un candidato no elegido en virtud del fraude), revisten unas connotaciones singulares. Es claro que un interés público que a todos afecta quedará gravemente resentido con ocasión de una acción delictiva dirigida a pervertir el sentido de la voluntad popular plasmado en los resultados electorales.
- Delitos que afecten a intereses difusos o a la colectividad en su conjunto, esto es que afecten a bienes jurídicos no susceptibles de apropiación exclusiva, cuyo disfrute por parte de un individuo o un grupo determinado no se ve limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad. En tales supuestos no es posible cuantificar ni identificar la parte de titularidad que cada individuo tiene sobre el bien jurídico (el medio ambiente, la organización democrática del Estado, el derecho a la salud pública, etc.). Éste no será susceptible de apropiación por nadie con carácter exclusivo y su fruición por uno no excluirá la de los demás.

Siendo así las cosas, ningún sujeto podría en puridad invocar su carácter de víctima del delito o bien, quizá fuera más correcto decir que podrían hacerlo todos aunque la lesión fuera tan tenue que pudiera pasar desapercibida para sujetos no particularmente concienciados. De ahí que el legislador opte por garantizar la factibilidad de la representación procesal de tales intereses abriendo las puertas del proceso a cualquier sujeto que muestre su deseo de ejercitar la pretensión penal, sin poner traba alguna a quien desee actuar en beneficio de la comunidad (*uti cives*).

Puesto que los bienes jurídicos a los que nos referimos en este ámbito coinciden con el objetivo de organizaciones políticas, económicas o sociales, su invocación procesal encontrará en ellos un portador idóneo. No por ello ha de desconocerse que, en este caso no se estará ejercitando una verdadera acusación popular, por cuanto el vínculo requerible entre tales entes colectivos y los bienes jurídicos tutelados nos hablan ya de una cualificación del actor. No se trata de la acusación ejercitada por un sujeto cualquiera, sino por uno deter-

minado con arreglo a la norma presuntamente vulnerada. De ahí que lo que harán valer procesalmente será en primer lugar un bien cuya titularidad no podrían alegar (recuérdese que, por pertenecer a todos, no pertenece a nadie con carácter exclusivo), pero que puede ser representado procesalmente por ellos. La acusación, sin embargo, no se relaciona directamente con el bien jurídico atacado, sino que sólo mediatamente contribuirá a su tutela judicial mediante la satisfacción de un presupuesto básico del que se ha dotado el proceso penal: la necesidad de separar las funciones de acusar y juzgar.

La acusación popular es una institución de honda raigambre liberal, propia de unos momentos de insuficiente consolidación de la oficialidad en el ejercicio de la acusación y del pleno sometimiento de la Fiscalía al principio de legalidad. Pero la acción popular del proceso penal, que en su configuración originaria, tanto en el derecho romano como en su plasmación decimonónica iba de lo individual a lo colectivo (un derecho subjetivo de los ciudadanos que contribuía al bien común), sólo puede ser hoy contemplada siguiendo un camino inverso (algunos ciudadanos podrían contribuir a la realización del interés general). No nos encontramos por tanto en el ámbito de las libertades como meta y objetivo de la Constitución, sino en una esfera diferente: la de los criterios de utilidad para la mejor satisfacción del interés público a través de la persecución de los delitos.<sup>80</sup> Sólo desde esta perspectiva será útil su contribución al proceso penal de nuestros días: como válvula de seguridad del sistema, que aporte un elemento de garantía frente a posibles insuficiencias o deficiencias en la estructura estatal habilitada para el ejercicio de la acusación que, no se olvide, se halla ligada con carácter general al principio de legalidad.

A diferencia del ordenamiento español, en el que con el fin de acreditar *ab initio* la fiabilidad del ejercicio de la acusación popular se exige al querellante una fianza,<sup>81</sup> el legislador salvadoreño no ha previsto este requisito. Por ello, las medidas de protección contra un ejercicio

---

80 Vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit. p. 275

81 El origen de la exigencia de fianza para el ejercicio de la acusación tiene su origen en el Derecho Romano pero se plasmó en el art. 280 de la vigente LECrim española como consolidación de un uso forense sustitutivo de formas de garantía personal mucho más gravosas para el querellante. Con ella se pretenden evitar factibles excesos y posibles perjuicios derivados de una utilización abusiva, temeraria o fraudulenta de la facultad de acusar por los particulares no ofendidos. Al respecto vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit. pp. 537 y ss.

abusivo, temerario o fraudulento de la acusación popular deberán buscarse en el derecho material. En concreto pudiéramos encontrarnos con una conducta incardinable en el delito de acusación calumniosa del art. 303 CPn., con el que se tiende a proteger simultáneamente dos bienes jurídicos, con prevalencia sobre el segundo de ellos: el honor del mendazmente acusado y el correcto desarrollo procesal de la potestad jurisdiccional en el ámbito penal. Es dable pensar también en el delito de fraude procesal del art. 306 CPn., circunstancia que, antes de ser declarada judicialmente, a nuestro juicio justificaría la expulsión de la causa del querellante fraudulento.

### 3. Constitución como querellante: el escrito de querella

Se plasman en el art. 96 CPrPn los requisitos que debe revestir el escrito de querella, única vía mediante la que cualquiera de los legitimados solicitará formalmente su admisión en el proceso penal en calidad de querellante. Si bien no se aporta una definición de querella o del escrito que le da pie, el precepto permite intuir sus diferencias con otros mecanismos de transmisión de la *notitia criminis*, como puede ser la denuncia. Como ser verá, la querella reviste una especial formalidad y, en particular, contiene y transmite la declaración de voluntad persecutoria del querellante.

El primero de los requisitos a los que debemos hacer mención es la propia forma escrita, cifrado en la necesidad de dar seguridad, fijeza y fehaciencia a las declaraciones que a través de la querella se realizan, de modo que las consecuencias que puedan derivarse de su inadecuado uso admitan ser atribuidas sin sombra de duda al querellante.<sup>82</sup> La precisión y claridad en el escrito evitará además posteriores comparecencias innecesarias tendentes a documentar o acreditar su contenido. No es dable pensar, con carácter general, en una “querella oral” por los riesgos e inseguridades que podría conllevar.

---

82 Vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit. p. 466. La obra de GIMENO SENDRA, V., *La Querella*, Barcelona 1977. Es punto de referencia obligado en el estudio de esta institución, aun cuando su naturaleza y características no se ajusten en plenitud a la querella del ordenamiento procesal salvadoreño. Señala GIMENO (pp. 160 y ss.) que el fundamento del requisito de la escritura habrá de buscarse en la histórica prevención frente a los acusadores calumniosos y a las consecuencias que ésta conllevaría (la aplicación al falso acusador de la pena por él solicitada para el acusado).

El escrito de querrela servirá al cumplimiento de varias funciones. La primera de ellas es que, aun cuando no sea estrictamente necesario, puede ser un acto de iniciación procesal, en tanto es apto para transmitir la *notitia criminis*. El proceso habrá podido iniciarse por otras vías, pero de no haberlo hecho, este escrito generará la obligación de comprobar la fundamentación de lo expuesto en él. Por otro lado, mediante su admisión, el querellante se constituirá en sujeto activo del proceso, posibilitando a partir de entonces su intervención en calidad de acusador en los términos y con las facultades legalmente previstas. Es más, entendemos que con su personación nace el derecho de la víctima a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, pues aunque para ello el art. 13.3 exige una solicitud de la víctima, la interposición del escrito de querrela implicará la manifestación del interés en conocer el desarrollo procesal, particularmente en lo concerniente a su terminación.

Además la querrela será un instrumento formal apto para satisfacer el presupuesto procesal de la instancia privada en los delitos perseguibles sólo mediante ésta. Aunque pueda ser satisfecho mediante otras vías, del escrito de querrela se deduce una manifestación expresa de voluntad de que la conducta criminal no quede impune.

El escrito de querrela deberá contener cuando menos los siguientes extremos:

- a) Señalamiento del hecho por el que pretende querrellarse,<sup>83</sup> que deberá contener una relación circunstanciada de los elementos fácticos que se han de someter a la consideración judicial. Aunque pueda realizarse, no será precisa en este momento una calificación jurídica, pues no se trata de un escrito de acusación, sino que bastará la mera descripción material del *factum* con los elementos necesarios para la determinación del hecho criminal. Tampoco se habrá de instar ni el procesamiento ni la punición del presunto autor del delito, pues ni es momento procesal para ello, ni entra en la finalidad esencial de este escrito.

Se afirmará con certeza el acaecimiento de unos hechos que pudieran llegar a ser constitutivos de delito previa su declaración por sentencia. De esta forma podrá transmitirse la *notitia criminis*, si es que ésta no ha llegado por cualquier otra vía a los órganos estatales encargados de la

---

83 Corresponde recordar que el término “querrela” comparte origen etimológico con el de “queja”, por lo que “querrellarse de o frente a algo” vendría históricamente a ser un equivalente de “quejarse de o frente a algo”.

persecución, y simultáneamente ponerles en disposición de tener que desarrollar la actividad conducente a su enjuiciamiento. En tanto eventualmente útil a estos efectos, el escrito de querrela se acercará conceptualmente a la denuncia lo cual, de hecho, puede observarse si se tiene en cuenta que cumplido este presupuesto y aun en ausencia del resto de los requisitos, el escrito de querrela tendría el valor de una mera denuncia si cumple las condiciones mínimas de ésta.

- b) Identificación de las personas querelladas, mediante los datos de que se disponga o con las señas que mejor pudieran darles a conocer: nombre, edad, domicilio, profesión, rasgos físicos o señas particulares para su reconocimiento, etc. Se trata de un requisito accesorio,<sup>84</sup> pues muchas veces no será conocido ningún dato en el inicio del proceso, por lo que la no individualización del querrellado no podría ser causa de inadmisión de la querrela de particular. Incluso, aunque en el escrito sólo se identifique a alguno de los presuntos autores de los hechos, la actividad procesal podrá dirigirse también frente a otros, quienes deberían ver plenamente satisfecho sus derechos, particularmente el de defensa que se plasmará en un primer momento en el de ser informado de la acusación. Tanto la descripción objetiva como la delimitación subjetiva contenidas en el escrito de querrela serán solamente provisionales.<sup>85</sup>
- c) Identificación de las pruebas que puede ofrecer, con lo que se tratará de determinar algunos elementos que puedan contribuir a afianzar la fiabilidad de lo expuesto anteriormente. Obsérvese que en este punto inicial no nos hallamos todavía en el momento propio para la práctica de la prueba, por lo que lo que se debe aportar serán elementos que puedan contribuir a acreditar las circunstancias necesarias para la averiguación de los elementos relevantes sobre los hechos y su presunto autor. Ello no debe obstar para que los órganos encargados de la investigación hagan acopio de todos aquellos medios aconsejables para su esclarecimiento.

---

84 En sentido contrario se manifiesta QUINTANILLA NAVARRO, op. cit. p. 394, que lo juzga una exigencia sustancial.

85 La práctica forense de países cuyos sistemas procesales admiten la querrela de particulares conduce a que en este tipo de escritos se incluya la coletilla de que, aparte de los designados en ella, la querrela va dirigida "contra todos aquellos que en el curso de la tramitación de la causa hubieran tenido participación en tales hechos como autores, cómplices o encubridores".

De ahí que el querellante pueda también señalar alguna diligencia que se pueda practicar en ese sentido.

- d y f) Nombres de los querellantes y, en su caso, el de su representado, así como el domicilio y residencia de ambos y el especial que señalan para el procedimiento. A pesar de encontrarse en cuarto y quinto lugar en la enumeración de este precepto, por lógica y por sistemática estas reseñas debería situarse al inicio del escrito de querrela. Mediante ellas, deberán aportarse los datos identificativos que individualicen al querellante quien, a partir de su admisión, adquirirá la condición de sujeto procesal. De esta forma se podrá constatar *a limine* si está legitimado por ostentar la condición de víctima o por encontrarse en alguna de las otras situaciones habilitantes para el ejercicio de la acusación. Tal reseña servirá igualmente para garantizar la existencia de un sujeto a quien imputar las posibles consecuencias lesivas que pueda originar la interposición de la querrela.

El tercer párrafo del art. 96 CPrPn posibilita el mantenimiento en secreto de determinados datos “sensibles” relativos al querellante (o su representado), tales como el domicilio u otros que puedan servir para su localización. No por ello el órgano jurisdiccional dejará de conocerlos, en tanto deberán serle entregados con la solicitud de que los mantenga en reserva. De esta forma se evitará que la denominada “publicidad para las partes”, que no es otra cosa que una manifestación del derecho de defensa, pudiera servir para poner en peligro la integridad personal o familiar del querellante. Siempre que se adopte en unos márgenes proporcionados, se trata de una cautela plenamente razonable, prevista desde un criterio de tutela de la víctima, que además servirá para generar confianza en ésta de forma que el temor a las represalias no le atenece en el momento de interponer la querrela. El riesgo que habrá de evitarse es el que ésta sea una vía por la que puedan llegar a personarse como sujetos procesales determinados querellantes que amparados en el anonimato puedan llegar a generar una quiebra en el derecho de defensa del imputado.

El precepto alude también al representado, incurriendo de nuevo en una confusión entre la legitimación para la interposición de la querrela y la representación procesal de quienes no pueden realizar válidamente actos procesales o de aquellos que han conferido voluntariamente la representación. A lo que se refiere este número es en primer lugar a que, en caso de tratarse de un menor o de un incapaz la persona que desea querrellarse, quien por no gozar de la plenitud de la capacidad civil requiere ser representado, deberá hacerse constar la designación de la persona que interpone el escrito. Junto con ello entendemos que se deberá incluir también aquellos elementos que acrediten el carácter con el

que actúa el representante y que sean aptos para verificar que ostentan la patria potestad o tutela. En el caso de representación voluntaria de la víctima por parte de asociaciones a tenor del segundo párrafo del artículo precedente, deberá adjuntarse también la petición expresa de la víctima en la que solicita esa representación así como el documento que acredite la representación conferida al apoderado especial al que alude aquel precepto. Entendemos también lógico que se adjunte también algún elemento que permita verificar que el objeto de la asociación de que se trate posee un grado de conexión con el delito cuya persecución se pretende (por ejemplo sus estatutos, el acta de su constitución, etc.).

- g) El número de documento con que se acredite la identidad, o en caso de que no lo tengan, cualquier otro documento nacional o extranjero que sirva para identificarlos. No es más que un requisito formal que viene a contribuir a la identificación del querellante, a la par que supone una garantía ulterior de fiabilidad en lo relativo a la persona que interpone la querrela.
- h) En el caso de asociaciones, su denominación, domicilio y el nombre de su representante legal. Con tal previsión no se hace más que concretar para el caso de las asociaciones la exigencia de identificación del querellante (la asociación) y su representante legal, que en este caso es de carácter necesario.<sup>86</sup> En los supuestos de representación de la víctima por asociaciones constituidas legalmente, la previsión legal habrá de entenderse referida al apoderado especial y a la necesidad de acreditar su designación como tal.

Se echan en falta en la previsión legal, no obstante, algunas otras reseñas que deberán contenerse en el escrito. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la mención del órgano ante el que se presenta y a quien va dirigido el escrito, que no obstante no es de carácter esencial. Diverso es lo que ocurre con la fecha del escrito, que revestirá una importancia fundamental en el desarrollo procesal y que, a pesar de no exigirse con carácter expreso, no debería faltar en ningún escrito de querrela. De igual forma entendemos también esencial que conste la firma del mandatario especial, aunque sobre este extremo nos detendremos más adelante.

---

86 Como se recordará, en el caso de las asociaciones no se trata de una verdadera representación, sino de la denominada "representación necesaria", en tanto no es que una persona exteriorice la voluntad de otra que no goza de plena capacidad, sino que la voluntad de la persona jurídica se manifestará a través de la única forma que puede ser esto posible: la actividad de la persona física a quien legal o estatutariamente le venga asignada tal misión.



La posibilidad de subsanación de vicios o carencias en el escrito de querrela que deberá conceder el juez (no el fiscal o la policía aunque también se pueda interponer ante ellos) es contemplada por el segundo párrafo del art. 96 CPrPn. A tal efecto se fijan dos plazos alternativos: bien durante la audiencia inicial o bien en un plazo de tres días otorgado al efecto que se habrá de notificar al querellante con mención expresa de los extremos que se hayan de corregir. Transcurridos dichos términos preclusivo sin que por el particular se haya satisfecho la exigencia de corrección, la solicitud deberá ser inadmitida de plano por el juez. No obstante, en tanto vehículo apto para la transmisión de la *notitia criminis*, podrá servir como mera denuncia si satisface los requisitos de ésta (arts. 229 y ss.).

Cabe pensar también en la presentación *a posteriori* de escritos complementarios o “de ampliación de la querrela” mediante los cuales, en el curso del procedimiento, podrán aportarse nuevos elementos fácticos que contribuyan al esclarecimiento de los hechos. En este supuesto estamos ante un plus que se añadirá a lo ya aportado, por lo que no podrá servir de vía para no satisfacer los requisitos esenciales exigidos por este artículo.

Ha de advertirse que sólo el órgano jurisdiccional podrá tener al querellante como parte, con independencia del órgano ante el que interponga la querrela.

#### 4. Postulación procesal

La actuación procesal derivada de la interposición del escrito de querrela, que se traducirá en todas y cada una de las facultades procesales que legalmente le son reconocidas al querellante, deberá ser realizada directamente por sujeto que ostente la condición de Abogado de la República y que no se halle inserto en causa de inhabilidad alguna para el ejercicio de su procuración (art. 98 CPrPn).<sup>87</sup> La intervención de un profesional, técnico en derecho y versado en las lides forenses, aportará como ventaja el evitar que la complejidad derivada del proceso origine deficiencias en la defensa de los intereses de los legitimados para querellar. Indudablemente ello hará incrementar el monto de las costas, que a tenor del art. 447 CPrPn consistirán en el pago de los honorarios devengados en el procedimiento, entre los que habrán de incluirse los del Abogado del querellante.

---

87 Vid. art. 99 Pr.C.

Como requisito garantizador de la fiabilidad de la voluntad de querellarse por parte del poderdante parece situarse la exigencia de que el poder que se confiera al Abogado sea de carácter especial. Ello lleva consigo la necesidad de que haya sido conferido con posterioridad a la comisión del delito, en tanto se habrán de determinar con carácter expreso los elementos objetivos y subjetivos sobre los que versará la querella. No será suficiente por tanto un poder general judicial, a no ser que en él, siendo posterior al deseo del querellante de formular su solicitud, se integre una cláusula especial en la que se solviente tal exigencia.

Se plantea la duda de si un mismo Abogado podrá desempeñar simultáneamente las funciones de defensa de las posiciones procesales de varios querellantes. En principio ello sería lo aparentemente más conveniente, al objeto de evitar actuaciones reiterativas y gastos inútiles, consecuencia de la similitud entre las estrategias procesales de todos ellos. No obstante, y aun cuando esa opción sería la más deseable al objeto de garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no hay fundamento legal que obligue a ello y parece que los querellantes podrán encomendar sin problema su representación y defensa a quien merezca su confianza y consideren más adecuado para instrumentar la tutela de sus intereses. No puede pasarse por alto que tratándose de una querella por los mismos hechos y contra el mismo imputado, la actividad procesal del Fiscal y de todos los querellantes se realizará sobre el mismo objeto: la pretensión penal, que por su propia naturaleza es de carácter único. Sólo sería idónea tal pluralidad de representaciones procesales cuando los intereses a defender (y no sólo los puntos de vista sobre la cuestión) sean disímiles, esto es, cuando se trate de intereses de naturaleza privada. Pero, como se vio en el comentario a los artículos relativos a la acción penal, no es el caso de ésta, cuyo ejercicio presupone el de una función esencialmente pública por tutelar un interés de la misma naturaleza: el derivado del enjuiciamiento de las conductas dañosas o lesivas para los bienes jurídicos tutelados por la norma penal. Lo determinante para reputar adecuada y factible la presencia de una pluralidad de querellantes no habrá de ser su conveniencia personal, sino su defensa procesal de intereses cualitativamente diversos.

## 5. Plazo

La regulación del momento procesal para realizar la solicitud de constitución como querellante por el art. 99 CPrPn pretende que ésta se efectúe en cualquier momento del decurso procesal que media entre dos actos concretos: la presentación del requerimiento fiscal y quince días antes de la audiencia preliminar. La indeterminación de la coyuntura temporal en la que se inserte el acto

de parte al que aludimos, permite que ésta sea seleccionada por el concreto interesado, sin perjuicio de que pueda verse inducido por las concretas circunstancias que rodeen tanto los hechos como su situación personal. La ocasión que se elija determinará que, a partir de su admisión, el querellante comience a disfrutar del status que el CPrPn diseña para su posición procesal.

En vista de la apertura que posibilita la ley para optar por una u otra ocasión en el curso del proceso serán los dos momentos extremos los que preferentemente merezcan nuestra atención:

- a) Con respecto al que se fija como momento inicial, el depósito del requerimiento fiscal, deberemos fijarnos en los arts. 247 y ss. al objeto de conocer los pormenores de éste.

La ley parece desconocer al fijar este plazo, sin embargo, que el escrito de querrela puede constituir un acto de iniciación procesal. En tanto puede ser interpuesta ante la Policía (art. 234), la Fiscalía (art. 235) o el Juez de Paz (art. 237) es un mecanismo apto para excitar la actividad de los órganos encargados de la persecución, aun no existiendo procedimiento penal en curso ni por tanto –todavía– requerimiento fiscal de ningún tipo. Téngase en cuenta además que es posible que en estos supuestos los elementos aportados en la querrela no sean suficientes como para fundamentar el requerimiento fiscal por no existir suficientes indicios racionales de criminalidad o por no existir elementos de cargo suficientes contra un sujeto que lo puedan sustentar o bien, simplemente, porque no se pueda proceder. Este extremo puede corroborarse si se considera la previsión del art. 249 CPrPn que permite que mediante requerimiento fundado el Fiscal solicite del Juez de Paz la desestimación, que salvo opinión discrepante del fiscal superior conducirá al archivo de la causa y al fin de la persecución.

- b) El momento preclusivo que determina el punto final hasta el que podrá interponerse el escrito de querrela parece ser el que marcan los quince días anteriores a la audiencia inicial,<sup>88</sup> regulada en los arts. 253 y ss., aun cuando el texto del precepto se revele oscuro en este punto. Una vez superado ese plazo, habrá precluido la posibilidad de querrellar, sin que ningún motivo, como por ejemplo pudiera ser el conocimiento posterior de la existencia del proceso o un cambio en la voluntad del legitimado para hacerlo, pudiera erigirse en sustento para una admisión extemporánea de la solicitud.

---

88 Este plazo de quince días previos a la audiencia inicial es el mismo que el art. 275 fija para la solicitud de prórroga del plazo de instrucción.

## 6. Control judicial de la admisibilidad y fundabilidad de la querrela

La consolidación de un sistema que contempla la querrela de particulares pasa necesariamente por la pervivencia de algún tipo de control judicial sobre la fiabilidad y la fundamentación en el ejercicio de ésta, puesto que en tanto realizada por sujetos no vinculados a la defensa exclusiva de la legalidad, pudiera utilizarse con fines torticeros. De ahí que, aun cuando pudiera parecer lo contrario por el incremento del número de acusadores, la instauración de un sistema de este tipo no lleva aparejada necesariamente un incremento de las esencias acusatorias del proceso contemplado en su conjunto. Esto es lo que ocurre en el sistema salvadoreño, donde se introduce un lógico control judicial que, en función del momento procesal, será desempeñado bien por el Juez de Paz, bien por el de Instrucción, tal y como nos recuerda el art. 102 CPrPn.

Presentada la solicitud de querrela y satisfechos sus requisitos esenciales, el Juez deberá realizar en primer lugar un juicio sobre su admisibilidad, para posteriormente entrar en el análisis de su fundabilidad.

Con respecto al primero de ellos, el juicio de admisibilidad, el primer elemento a valorar será la existencia de legitimación por parte del querellante, esto es, la verificación de que se halle en una posición habilitante para el ejercicio de la querrela en los términos del art. 95 y que no se halla incurrido en una causa que se lo impida, tal como pudiera ser el haber desistido o abandonado una querrela sobre el mismo objeto procesal (art. 105 CPrPn). A continuación lo procedente será la constatación de que no existen impedimentos procesales, es decir, que no concurren circunstancias determinantes de la imposibilidad de proceder en un supuesto concreto. No parece conveniente hacer resonar el *strepitus fori* que lleva consigo la admisión de una querrela si en presencia de ésta se percibe *prima facie* la presencia de causas impeditivas de la prosecución del enjuiciamiento. En estos casos la querrela deberá ser repelida como improcedente no sólo por razones de economía procesal, sino fundamentalmente por la necesidad de evitar perturbar al querrellado con molestias desproporcionadas a su utilidad. Cabría citar, entre otras posibles causas, la falta de jurisdicción de los Tribunales salvadoreños, la existencia de una resolución con fuerza de cosa juzgada sobre la cuestión o la litispendencia de la causa.

El análisis previo proseguirá con la verificación del cumplimiento de los requisitos formales en la interposición del escrito de querrela, que operarán no como verdaderos presupuestos de ésta, sino como condiciones resolutorias de su admisibilidad. De no ser satisfechos plenamente en el plazo concedido para su subsanación, la querrela deberá entenderse inadmitida.

El segundo juicio, el que versa sobre la fundabilidad del escrito de querrela, conducirá al órgano jurisdiccional a realizar una apreciación en primer lugar sobre su propia competencia para el conocimiento de la causa, lo cual conllevará necesariamente una primera valoración siquiera somera sobre el fondo del asunto. Sólo a continuación entrará el juez a considerar si los hechos detallados en el escrito de querrela se presentan como merecedores del reproche penal y si existe al menos aparentemente el deber del Estado de perseguir la conducta descrita. Podrá apreciar de esta guisa si existe una manifiesta falsedad en la querrela, si se ha extinguido la responsabilidad criminal o la acción penal por alguna de las causas legalmente previstas o si los hechos relatados no revisten el carácter de delito.

Este control judicial, que necesariamente habrá de verificarse de oficio, puede ser complementado durante las audiencias inicial o preliminar por las alegaciones de los restantes intervinientes procesales ya personados en cada momento y que serán, normalmente, el Fiscal por una parte y el imputado por otra. Tanto unos como otros, desde un plano de igualdad de armas (art. 14 CPrPn), podrán hacer valer cuantas razones estimen oportunas para negar la incorporación de nuevos sujetos al proceso. Este plazo preclusivo se ve ampliado en el caso de carencia manifiesta de legitimación, en tanto ello podrá ser alegado en cualquier momento de la instrucción.

A partir de entonces y hasta el final del proceso no cabrá realizar oposición alguna a la intervención activa del querellante en calidad de acusador, pues por haber adquirido las facultades que legalmente se le atribuyen, se situará en el mismo plano de igualdad frente a los restantes sujetos procesales. La única excepción vendrá determinada por los supuestos de abandono de la querrela, cuya concurrencia sí podrá ser hecha valer por los restantes sujetos procesales.

El último párrafo del art. 102 CPrPn admite la corrección de los vicios formales en cualquier momento anterior a la finalización de la audiencia preliminar. El sentido de esta previsión ha de ser contemplado conjuntamente con el art. 96 CPrPn que también posibilita la subsanación de defectos en la solicitud de querrela, pero establece en su inciso final que una vez rechazada, sólo podrá ser presentada una vez más.

## **7. La posición del querellante**

La condición de querellante no sólo no es incompatible con la de testigo, sino que será plenamente conveniente la concurrencia de ambas cuando el sujeto de que se trate haya tenido conocimiento de los hechos cuyo enjuiciamiento

propugna (art. 100 CPrPn). Es obvio que la calidad de víctima que por lo general ostenta el querellante le situará en una posición de privilegio en relación con la aportación mediante sus declaraciones de elementos fácticos aptos para lograr la convicción judicial sobre los hechos. El precepto impide por tanto que la interposición de querrela pueda erigirse en vía de escape para evitar ser citado como testigo. Por otra parte, la mera incomparecencia como testigo en una causa cuando sea citado a tal efecto y no acredite justa causa, podrá ser motivo suficiente para entender que el querellante ha abandonado su acción (vid. art. 104.1 CPrPn).

Entendemos, no obstante, que el posible interés en el logro de una condena por parte del querellante debería ser tenido en cuenta por el juzgador dentro de su margen de libre valoración de la prueba, para otorgarle un valor desprovisto de cualquier connotación vindicativa.

El carácter no fungible e insustituible del testigo origina que sólo quien pueda dar noticia directa sobre hechos que ha percibido sensorialmente deba aportarlos al proceso. Pero tratándose del otro medio de prueba personal por excelencia, la pericial, no podría decirse lo mismo. Las condiciones de querellante y de perito sí que se hallan en una relación de incompatibilidad que viene a impedir su confusión, en tanto la correcta práctica de la prueba pericial exige la falta de interés directo en el pleito por parte del perito. Téngase en cuenta además que el art. 199 CPrPn establece como causa legal de impedimento para los peritos las establecidas para los jueces, y el art. 73.1 CPrPn se refiere a la condición de querellante como impedimento para conocer en un determinado asunto.

La tarea del querellante terminará en el proceso con la resolución judicial firme que le ponga fin, sin que pueda prolongarse su actividad más allá de ésta (art. 101 CPrPn). Su posición procesal vendrá a encontrar su final allí donde comienza la efectiva imposición del castigo al amparo de la declaración de existencia del *ius puniendi* estatal. Ni el CPrPn ni la Ley Penitenciaria confieren facultades de control sobre el cumplimiento de la pena a sujeto particular alguno, quedando reducida esta competencia bien a los organismos judiciales de aplicación de la pena,<sup>89</sup> o bien al Ministerio Público (Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República y Procuraduría para la defensa de los Derechos Humanos).<sup>90</sup>

---

89 Que a tenor del art. 33 de la Ley Penitenciaria serán las Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena y Departamento de Prueba y Libertad Asistida.

90 Vid. arts. 40 y ss. Ley Penitenciaria.

La opción asumida por el legislador es plenamente correcta en tanto la ejecución de la pena ciertamente tiene que ver con el resultado del proceso, pero de ninguna manera con el desarrollo de éste, único ámbito en que la querella juega su papel. El querellante deberá encontrarse al margen del control de la ejecución, en tanto esa función se extralimitaría absolutamente de la naturaleza y el sentido de su participación procesal. El tratamiento penitenciario, materia altamente sensible en conexión con derechos fundamentales de los internos, ha de estar siempre dirigido a la reeducación y la reinserción social y una intervención externa podría comprometer esos objetivos, lo cual contribuye a hacerla indeseable.

## 8. Desistimiento y abandono de la querella. Efectos

Aun cuando el CPrPn parece distinguir nominalmente entre desistimiento y abandono de la querella, los efectos aparejados a ambos a los que se refiere el art. 105, son idénticos. La única diferencia residirá por tanto en el carácter de renuncia expresa (en el desistimiento) o tácita (en el abandono) a las facultades que tenía conferidas desde la admisión de la solicitud de querella, trasluciendo en ambos casos una manifestación de voluntad del querellante de no proseguir en su actividad procesal y asumiendo las consecuencias y efectos que ello puede deparar.

El desistimiento al que alude el art. 103 CPrPn podrá realizarse en cualquier momento procesal, con plena libertad de forma, mientras conste fehacientemente y se adapte al acto procesal en el que se inserte. Con ello nos referimos a la posibilidad de que, aun cuando con carácter general el desistimiento se realizará mediante un escrito *ex professo*, podrá exteriorizarse también en cualquiera de las actividades realizadas oralmente en presencia judicial, incluida la vista, requiriéndose únicamente que se documente en el oportuno acta.

No será preciso alegar ni acreditar los motivos que han inducido al querellante a manifestarse en ese sentido, por lo que tras esa actitud podrá esconderse algún tipo de acuerdo privado con el imputado al margen de los mecanismos conciliatorios o de transacción previstos en el CPrPn. Tampoco será preciso un acto de aprobación judicial de tal hecho, sino una mera constatación en autos a los efectos oportunos, teniendo en cuenta naturalmente las posibles responsabilidades derivadas de lo actuado por el querellante hasta ese momento. Así, a efectos penales, los resultados del juicio podrán determinar, por ejemplo, que se llegue a constatar que se trataba de una acusación calumniosa (art. 303 CPn), que ocultaba una simulación de delito (art. 304 CPn) o que constituía un fraude procesal (art. 306 CPn), supuestos plena-

mente insertos en tipos penales que motivarán la apertura de las oportunas causas. De igual manera habrá de considerarse también la actitud del querellante a efectos de imposición de costas, cuestión que será abordada algunas líneas más abajo.

El hecho de que el querellante desee desistir en su pretensión no exige tampoco manifestación de consentimiento de ningún tipo por parte del acusado, pues en nada le podría perjudicar, a diferencia de lo que ocurre con el demandado en el proceso civil, quien sí podrá tener interés en que la causa finalice con una resolución sobre el fondo. Cuestión diversa será que, abierta una causa para depurar posibles responsabilidades penales derivadas de la actuación procesal del querellante desistido, el querellado que ha sido víctima de tales conductas asuma ahora la condición de querellante.

El art. 104 CPrPn contempla supuestos de pasividad o de ineffectividad en la actuación del querellante, en cuya presencia se configura legalmente la presunción de que aquél ha abandonado su actividad persecutoria. Las consecuencias que se seguirán en orden a posibles imputaciones de responsabilidad no variará en relación con lo que se ha visto en el caso del desistimiento, a cuyo comentario nos debemos remitir ahora.

Los supuestos en los que se reputa abandonada la querrela son los siguientes:

- a) Cuando, citado el querellante en calidad de testigo no concurra ni alegue justa causa que le exima de su obligación. Con ello no hace más que ratificarse la compatibilidad entre las funciones de parte activa y de testigo, asignando un castigo procesal a una actitud que produce indudables perjuicios en el desarrollo del proceso. Si el sujeto no demuestra diligencia en relación con sus obligaciones de cara al proceso, la ley le impone como sanción la imposibilidad de gozar de las facultades de intervención que le vienen conferidas normativamente.
- b) Cuando no asista a la audiencia preliminar sin justa causa o cuando, aun asistiendo, mantiene una actitud pasiva que le lleve a no acusar. La ley otorga así los mismos efectos a dos situaciones diversas. En el primer caso se trata de la constatación de un dato objetivo (la inasistencia al trámite de audiencia preliminar sin justa causa), que se hace independiente de los motivos por los que se haya producido, siempre que éstos sean imputables al querellante por tratarse de un expreso deseo suyo o de una negligencia achacable a él. En el segundo caso la sanción legal que origina el abandono de la querrela reviste unas connotaciones diversas, pues tiende a proteger el que el querellante ostente en el proceso la condición que le es propia: la de acusador. Si no ejercita tales facultades



se hace evidente que su participación en el proceso es superflua y está de más, por lo que, lógicamente, deberá ser excluido de éste.

- c) Cuando no ofrezca prueba para fundar su acusación, no concurra a la vista pública sin justa causa o se ausente de ella sin autorización del tribunal. En este caso estamos ante supuestos equiparables a lo dicho con anterioridad, pero referidos a un momento procesal posterior: la vista pública. Si el actor no ofrece prueba alguna que sustente su acusación, bien por carecer de ella, bien por reservar su utilización, demostrará una actitud que no se cohonestaba con su posición de acusador, pues más parecerá que ejerce una función de mero espectador. En estas circunstancias se hace nuevamente perceptible la futilidad de su presencia en el proceso y la conveniencia de excluirle de él. La no concurrencia a la vista sin justa causa o su ausencia de ella sin permiso del Tribunal son conductas reconducibles una vez más a la demostración de una pasividad o dejadez que se erigen en indicios de la conveniencia de prescindir de quien voluntariamente muestra su voluntad de no utilizar las facultades legalmente conferidas.

La constatación de los extremos aludidos en los números anteriores deberá plasmarse en una decisión jurisdiccional en la que se resuelva la expulsión del proceso del querellante y el cese en el disfrute de las facultades que se le otorgaron con la admisión de su solicitud de querrela. Esa resolución podrá adoptarse previa alegación de la contraparte, interesada en dismantelar las acusaciones contra ella formuladas sirviéndose de todas las armas de las que dispone, pero también podrá surgir de oficio, tras la constatación por el órgano jurisdiccional de la concurrencia de alguno de tales supuestos.

No obstante, dada la trascendencia de esta resolución, es posible su impugnación por el querellante excluido del proceso a través de la apelación a tenor de lo dispuesto tanto en este precepto como en el art. 417 CPrPn, de forma que sea verificada por un órgano jurisdiccional diverso (la Cámara de segunda instancia: art. 51.1 CPrPn).

Desistimiento y abandono vienen equiparados legalmente en cuanto ambos van a surtir los mismos efectos desde el momento en que se hayan producido en virtud bien de la manifestación en ese sentido por parte del querellante, bien por la resolución jurisdiccional en la que se declare abandonada la querrela (art. 105 CPrPn).

Aun cuando no conste en la ley expresamente, el primer y más importante efecto predicable de esta circunstancia será la expulsión del querellante del procedimiento con la privación de todas las facultades inherentes a su condición. Si en el proceso se halla personado en la posición activa cualquier otro

sujeto, público o privado, éste podrá proseguir sin modificación alguna de su posición. Pero si el querellante era el único acusador presente, la persecución necesariamente habrá de decaer por falta de un actor que sustente la pretensión. El principio acusatorio exige que un sujeto diverso al juzgador mantenga a lo largo de todo el proceso la afirmación de la concurrencia de presupuestos para el enjuiciamiento, por lo que, de no existir nadie que ostente esa condición, el *nemo iudex sine actore* desembocará en una resolución jurisdiccional que ponga fin al proceso.

El art. 105 CPrPn se centra únicamente en dos tipos de efectos del desistimiento o el abandono de la querrela:

- a) El querellante excluido del proceso se verá impedido para la eventual persecución posterior que versare sobre el mismo objeto procesal, es decir, para el ejercicio de una nueva pretensión penal en relación con los mismos hechos y los mismos imputados. La utilización de un nuevo título de imputación o una nueva calificación jurídica no sería suficiente para eludir la aplicación de este impedimento, pues operará sobre cuestiones fácticas (los hechos y los sujetos), que no varían en función de la configuración jurídica que se les otorgue.
- b) En relación con las costas se prevé para el caso de abandono la asunción íntegra por parte del querellante de las costas generadas por su causa, sin perjuicio de la posibilidad de imponerle también total o parcialmente las restantes una vez finalizado el proceso. No se alude en el precepto a la imposición de costas en caso de desistimiento, por lo que entendemos que a este respecto serán de aplicación las previsiones generales de los arts. 447 y ss. Cabe por tanto (y será frecuente) la imposición igualmente de las costas propias al querellante desistido, así como también las derivadas de los honorarios de los demás profesionales, aunque en este supuesto, la asignación no será automática sino que estará precisada de previa valoración jurisdiccional.

## V. Acciones públicas dependientes de instancia particular

El art. 26 CPrPn concreta el catálogo de delitos que requieren la instancia particular para su persecución,<sup>91</sup> el cual llama la atención por el contraste que

---

91 Es de destacar que a diferencia de lo previsto en el derogado C.Pr.Pn. de 1974, de este catálogo han desaparecido los delitos contra la libertad sexual, una modificación que ha de juzgarse totalmente acertada.

presenta. Nos referimos a la desproporción entre, por una parte, la gravedad de las penas a imponer (en general privativas de libertad y en algún caso de larga duración), lo cual nos hablaría de la presencia de un intenso interés social en su persecución, y por otra parte la disponibilidad que se confiere a la víctima para que con su inactividad pueda generar la impunidad de tales conductas.

## 1. **Ámbito objetivo**

Las conductas perseguibles que se contemplan en el precepto son los siguientes:

- a) Lesiones comprendidas en el art. 142 CPn. y lesiones culposas. El primero de ellos se trata del tipo básico de las lesiones, con lo cual se entiende quedan excluidas las graves, las muy graves y las agravadas. Acertadamente se han suprimido de este catálogo las lesiones dolosas tras la reforma operada por el Decreto nº 418 de la Asamblea Legislativa, del 24 de septiembre de 1998 (D.O nº 198, del 23 de octubre).
- b) Amenazas del art. 154 CPn., incluidas las agravadas del art. 155 en tanto donde la ley no distingue, tampoco podemos hacerlo nosotros.
- c) Inseminación artificial in consentida o fraudulenta de los arts. 156 y 157 CPn. La referencia a la experimentación ha de ser entendida hecha a una modalidad fraudulenta de inseminación artificial.
- d) Apropiación o retención indebidas del art. 217 CPn y administración fraudulenta del 218 CPn., conductas a las que, a pesar de la severa pena que se tienen asignadas, el legislador confiere asignando estas facultades dispositivas a las víctimas un carácter que las acerca a meros ilícitos civiles.
- e) Hurto de uso de vehículos previsto con varias modalidades en el art. 210 CPn.
- f) Usurpaciones del capítulo IV, Título VIII, Libro II CPn: usurpación de inmuebles (art. 219), remoción o alteración de linderos (art. 219-A), usurpación de aguas (art. 219-B) o perturbación violenta de la posesión (art. 220 CPn).
- g) Daños, previstos en el capítulo siguiente del mismo título, incluyendo el tipo básico (art. 221 CPn), así como el agravado (art. 222 CPn), en tanto la ley no parece hacer distinción. No obstante, precisamente este último aspecto es destacable, en tanto la cualificación de los daños agravados viene determinada, por ejemplo, por la existencia de violencia en las personas, lo cual no parece compatibilizarse con el carácter conferido por el

legislador a la persecución de estas conductas. De igual manera no se comprende cómo pueden integrarse en esta modalidad persecutoria los daños ejecutados contra objetos que forman parte del patrimonio cultural, pero no las infracciones de los requisitos de reconocimiento, identificación, registro, acreditación y circulación de esos mismos bienes, una conducta que en muchos casos, y al menos aparentemente, será menos lesiva para el interés público. Todo ello nos lleva a concluir que, en la medida de lo posible y ante una inactividad persecutoria por los legitimados, habrá de hacerse una interpretación lo más restrictiva posible del precepto, re-conduciendo los daños agravados hacia otros tipos penales conexos que permitan su persecución a través de una “acción penal pública”.

- h) Delitos relativos a la propiedad intelectual, incluyendo igualmente tanto el tipo básico de la violación de derechos de autor y derechos conexos (art. 226 CPn) como el agravado (art. 227 CPn).
- i) Delitos relativos a la propiedad industrial, epígrafe en el que debemos entender incluidos la violación de privilegios de invención (art. 228 CPn), de distintivos comerciales (art. 229 CPn), la infidelidad comercial (art. 230 CPn) y la revelación o divulgación de secreto industrial (art. 231 CPn).

## 2. Legitimación

En lo referido a los sujetos legitimados para satisfacer el presupuesto procesal que abre el paso a la persecución de estos delitos, la ley establece tres diversas posibilidades:

- a) La víctima, entendiendo como tal los sujetos comprendidos en el art. 12 CPn, y que tratándose de un catálogo tan específico de delitos será en particular el directamente ofendido por el delito, esto es, el titular del bien jurídico afectado directamente por la acción u omisión delictiva. Aun así cabe extender esta condición a los socios respecto de los delitos que afecten a la sociedad cometidos por quienes la dirijan (por ejemplo en delitos relativos a la propiedad industrial) o a las asociaciones de tutela de intereses colectivos en delitos en que los que constituyen su objeto social se vean afectados (como podrían ser, por ejemplo, unos daños sobre el patrimonio cultural).
- b) En caso de incapacidad de la víctima, la petición que posibilita la persecución del correspondiente delito deberá ser realizada por quien ejerza su representación legal o por el guardador (2º párrafo, *in fine*). La ley parece confundir aquí capacidad y legitimación, por cuanto en presencia

de supuestos de incapacidad jurídica es lógico que la representación procesal sea ejercida por aquella persona a la que legalmente le viene asignada. En estos casos, en definitiva, quien está legitimado para realizar la petición seguirá siendo la víctima, pero puesto que no podrá realizar válidamente actos procesales, requiere que su defecto de capacidad sea suplido por su legítimo representante. Ello tiene como consecuencia, por ejemplo, que si en el desarrollo del proceso un menor alcanza la mayoría de edad o un incapaz deviene capaz, el legitimado para revocar la "instancia particular" será él mismo, y no su representante o tutor que fue quien alzó el impedimento procesal originalmente.

No obstante, el término "incapacidad" que recoge la ley no puede reducirse única y exclusivamente a supuestos de incapacitación declarada judicialmente sino que, a nuestro juicio, deberá extenderse a todos aquellos en que exista una imposibilidad ya sea jurídica o material que fácticamente impida a la víctima realizar la correspondiente solicitud. Ello no puede entenderse reiterativo en relación con el inciso final del párrafo tercero, puesto que llegado el caso la instancia de particular podrá entenderse satisfecha bien con la actividad de estos sujetos privados, bien con la de la Fiscalía.

Cabe advertir que, a tenor del art. 40 CPrPn, es posible la revocación de la instancia particular también por los representantes legales o tutores, pero como garantía frente a posibles abusos se articula la necesidad de previa autorización judicial.

- c) A tenor del párrafo 3º de este precepto, la Fiscalía General de la República ejercerá la acción penal en presencia de alguno de los delitos descritos con anterioridad. Carece aquí de razón de ser la denominación "instancia de particular", por lo que quizá hubiera sido conveniente haber incluido los supuestos así descritos al principio del precepto, al objeto de enervar su aplicabilidad en tales casos. De cualquier forma, esta intervención activa del fiscal se resuelve en cuatro supuestos:
- cuando el delito sea cometido contra un menor o un incapaz que no pueda ser representado legalmente de forma adecuada por no tener padres o tutor, dependiendo de los casos. Dado el caso, y aun en presencia de estos delitos, la Fiscalía General de la República mantendrá la plena iniciativa de la persecución, así como la facultad de ejercitar la pretensión penal en consonancia con su papel de defensor de los intereses de la sociedad, de promotor de la Justicia, de la tutela de la legalidad y con su responsabilidad de promoción de la acción penal (art. 193 CN).

- cuando el delito sea cometido contra un menor o incapaz y hubiera sido perpetrado por uno de sus ascendientes o el tutor, dado que en estos casos habrá una contraposición de intereses en juego. De aquel del que se sospecha ha sido el ofensor, no puede pretenderse que se convierta en tutelador de los intereses de la víctima, cuando además tendrá un interés evidente en impedir cualquier actividad dirigida a la averiguación y persecución del delito. Puesto que, de convertirse en imputado, estará amparado por el derecho de abstenerse de declarar y de no declarar contra sí mismo (arts. 8.2.g CADH, 12 CN y 87 CPrPn), ha de considerarse plenamente lógico que sea la Fiscalía la encargada de toda la actividad de iniciativa y persecución en estos casos.
- cuando haya perjudicado bienes del Estado, puesto que el Fiscal es también defensor de los intereses estatales (art. 193.1 CN), se erige así en su representante. En estos casos actuará en la doble configuración que se le otorga constitucionalmente (y que en algún caso pudieran dar lugar a una posición encontrada),<sup>92</sup> satisfaciendo el presupuesto procesal de la “instancia de parte” y asumiendo posteriormente la actividad acusatoria.
- cuando la víctima esté imposibilitada física o mentalmente para solicitar la investigación. Con esta cláusula de cierre se tratan de evitar posibles situaciones de desamparo material o de falta de tutela en el caso de víctimas que, con independencia de las razones de fondo, no puedan realizar la solicitud persecutoria. De otro modo pudiera darse el caso de que determinadas conductas pudieran quedar impunes por la falta de diligencia de quien realmente está imposibilitado para servirse de la más mínima.

Sobre la forma en la que deba concretarse la “instancia de particular” el precepto nos habla únicamente de “petición”, sin que ningún otro nos venga a concretar los concretos términos en los que ha de venir ésta redactada. Puesto que la petición se insertará habitualmente en la propia denuncia, sentido en el que debemos entender el 2º párrafo del art. 229 CPrPn, el cumplimiento de esta formalidad cuando sea realizada por los legitimados (víctima o repre-

---

92 Nos referimos a la posibilidad de que la defensa de los intereses civiles del Estado choque con la necesidad de mantener su imparcialidad material en el proceso penal, aportando tanto los elementos desfavorables como los favorables al reo (art. 238.II CPrPn).

sentante legal en los supuestos previstos) satisfará el presupuesto procesal de la “instancia de parte”. El art. 230 CPrPn es el que se refiere a la forma y contenido de la denuncia, sin distinguir en función del delito del cual se transmite la *notitia criminis*. Puesto que este precepto admite la denuncia escrita o verbal, personal o por mandatario con poder general, podemos concluir que la utilización de cualquiera de estas modalidades será suficiente para deducir la voluntad persecutoria.

No obstante, es posible que el proceso se haya iniciado ya, bien por denuncia de sujeto diverso a los legitimados, bien por la Policía de Investigación, bien de oficio. Puesto que en estos supuestos no se podrá proseguir de no mediar la autorización de las personas facultadas (art. 229 y 239 CPrPn), es posible que sea a partir de ese momento cuando se deba formular la petición. En este caso no se tratará de una denuncia y a nuestro juicio no se debiera ver sometida a formalidad alguna en su planteamiento, mientras transmita inequívocamente la voluntad del legitimado para satisfacer el presupuesto procesal, posibilitando la continuación de toda la actividad de averiguación y persecución del delito. En todo caso deberá hacerse constar los datos identificativos de quien la formula, los de la víctima (si es que no coincide con el peticionario), una reseña individualizadora de los hechos y, con carácter ineludible, una manifestación expresa de la autorización para proceder en que consiste la “instancia de particular”.

No cabe olvidar que la persecución de estos delitos puede topar con dos trabas que serán comentadas posteriormente: su posible conversión en acciones privadas (art. 29) y la facultad de revocar la “instancia particular” en cualquier momento del proceso, provocando la extinción de la acción penal (arts. 31.8 y 40 CPrPn)

## **VI. Los llamados delitos de “acción privada”**

### **1. Su acogimiento en el CPrPn**

El último párrafo del art. 19 CPrPn asigna “a los particulares” la legitimación para el ejercicio de la “acción penal privada”, sin determinar quienes sean éstos. La respuesta se halla en el art. 28.11 CPrPn que establece que *en estos casos se procederá únicamente por acusación de la víctima*, condición subjetiva que viene definida en el art. 12 CPrPn. No cabrá por tanto la iniciativa persecutoria ni la promoción de la acción penal por otros sujetos, ni públicos ni privados, con la única salvedad prevista en el art. 31.10 CPrPn,

que permite la continuación del procedimiento si los herederos o causantes en caso de fallecimiento de la víctima sostienen la acusación que hubiera sido formulada por ésta.

A pesar de la rotunda literalidad del art. 95 CPrPn (*En los delitos de acción pública...*), tal afirmación queda sin efecto si se tiene en cuenta el art. 106 CPrPn al ampliar las previsiones de su articulado también a los procedimientos por delitos de acción privada. De esta forma se vienen a equiparar *de iure* y *de facto* las situaciones procesales de los particulares que ejercen funciones acusatorias, con independencia del objeto sobre el que verse su pretensión. Sin que se puedan olvidar ni pasar por alto las profundas diferencias que median entre ellos, para cuyo análisis nos remitimos a lo expuesto en relación con los tipos de acciones penales, la ley inserta en el mismo marco todo aquello que escapa de la oficialidad en el ejercicio de la pretensión penal.

Puesto que el instrumento para la personación de ambos tipos de querellantes (por delitos de acción pública o de acción privada) viene a ser el mismo (la solicitud de querrela), en ello se ha percibido por el legislador un denominador común que permite la asimilación de ambos. No es que tal identificación formal nos parezca del todo inadecuada, pero debe partir de la claridad de ideas a la hora de entender las profundas diferencias existentes en las facultades de disposición sobre el objeto del proceso que se depositan en manos de unos y de otros. Mientras el querellante por delito de acción pública ostenta en el proceso una condición superflua y eventual puesto que, en esencia, satisface la misma función que la Fiscalía, en el caso de los querellantes por delito de acción privada no se podría sostener lo mismo. En ellos se deposita la capacidad de disposición sobre el proceso, de manera que pueden decidir tanto el si se persigue una conducta cuanto el cómo se realiza esa persecución, puesto que, como es sabido, serán ellos mismos quienes asuman con carácter exclusivo y excluyente la plena responsabilidad de llevarla a buen término.

De ahí que, con buen criterio se venga a distinguir, también nominativamente entre por un lado el querellante que por concurrir con el Fiscal, normalmente colaborará con éste en el ejercicio de la acusación, frente por otro el querellante exclusivo quien ostenta en plenitud. Se hablará en este sentido de querellante conjunto o querellante público frente a querellante exclusivo o querellante privado.

Sin perjuicio de las especialidades del procedimiento para la persecución de los delitos de acción privada que serán abordadas en su oportuno lugar (arts. 400 y ss.), será esclarecedor que cuando menos reparemos en la diversidad de los efectos que el desistimiento o el abandono producen en estos casos. Dado que el querellante por "delito privado" no puede esperar que ningún otro



sujeto retome el testigo para el ejercicio de su acusación en caso de desistimiento o abandono, con su actividad o con su actitud pasiva o negligente, no sólo decaerá en su posición procesal como acusador, sino que determinará el fenecimiento del proceso. Evidentemente esto no ocurrirá en la persecución de delitos de acción pública, en tanto la ausencia de un querellante particular no implicará el decaimiento de las facultades de la Fiscalía en la promoción de la acusación. Incluso en los delitos perseguibles previa instancia de particular, y siempre que no medie una declaración expresa de revocación de ésta (arts. 31.8 y 40 CPrPn), la causa podrá proseguir tras la exclusión del particular de la posición de acusador.

## 2. Con carácter originario

El art. 28 CPrPn establece un catálogo de delitos cuya persecución depende íntegramente de la actividad acusatoria del particular ofendido, catálogo que puede ser enormemente ampliado a tenor del artículo siguiente. A diferencia de los delitos perseguibles previa “instancia de particular” no bastará aquí un mero empuje inicial que denote la iniciativa de la víctima, sino que recaerá sobre las espaldas de ésta la plena responsabilidad de la realización de todos los actos de acusación. Es por esta razón por la que el CPrPn hablará en estos supuestos de “acusación particular” (vid. art. 402 CPrPn).<sup>93</sup>

Ello no nos debe hacer olvidar la situación que podrá generarse tratándose de víctimas con insuficiencia de recursos, de conocimientos, de tiempo o de disposición y que puede desembocar en la impunidad de estas conductas. La lógica consecuencia podrá ser en ocasiones una deficiente tutela en primer lugar de los legítimos intereses de la víctima desprotegida, y en segundo lugar del interés público que, como veremos, se halla ínsito particularmente en el enjuiciamiento de alguno de los delitos aquí especificados.

Los delitos perseguibles mediante esta modalidad acusatoria, sin perjuicio de los susceptibles de serlo en virtud de conversiones, son:

- a) Los relativos al honor y a la intimidad, recogidos respectivamente en los arts. 177 a 183 y 184 a 190, con la común exclusión prevista en el 191,

---

93 No se puede obviar la ambigua referencia realizada en el tercer párrafo del art. 321 a una “acusación particular”. En este caso la ley, con cierta imprecisión terminológica, incluye en el mismo vocablo todas las posibilidades de intervención de particulares en la acusación, sin distinguir si se trata de querellantes por un delito de acción pública o de verdaderos acusadores particulares.

todos ellos del CPrPn. La configuración de la persecución de los delitos de injuria, difamación e incluso los de calumnia sin publicidad haciéndola depender íntegramente de la actividad de quien haya sentido la ofensa parece lógica y justificable, pues el interés público en estos supuestos radicará principalmente en el propio sentimiento del aludido.

No parece justificable, sin embargo, la inclusión de otros de los delitos insertos en el mismo capítulo del Código Penal y a la que éste asigna penas severas en consonancia con su gravedad, tal y como ocurre con la calumnia con publicidad (pena de prisión de dos a cuatro años). Ha de tenerse en cuenta que la atribución falsaria de la comisión de un delito es una conducta que no sólo afecta con intensidad al directamente aludido, sino que ocasiona un evidente perjuicio social por la puesta en entredicho de forma mendaz de la reputación de cualquier ciudadano. En particular será constatable un daño en la maquinaria de la justicia, en tanto ésta debería ponerse en marcha de oficio en presencia de una *notitia criminis*, que siendo falsaria no hará más que generar distorsiones.

Entendemos también desproporcionada la inclusión entre los delitos perseguibles por los particulares de los relativos a la intimidad contemplados en los arts. 184 y ss. CPn., pues en esta materia nos encontramos de lleno en el ámbito de los derechos fundamentales (vid. arts. 11 CADH y 24 CN), principios básicos cuya trascendencia como pautas de configuración de la vida social llevan implícitas su extensión a todo el ordenamiento jurídico. Es claro que delitos como la violación o captación de comunicaciones privadas, por ejemplo, en tanto conductas muy graves en las que no sólo se afecta la intimidad del emisor o destinatario de la comunicación sino a la sociedad en su conjunto, no deberían haberse devaluado en su protección penal con su inclusión en este catálogo.

En relación con los delitos contra el honor ha de hacerse, sin embargo, una matización. Cuando la víctima de una de estas conductas fuere Funcionario público, autoridad pública, Jefe de Estado extranjero o representante diplomático acreditado en la República de El Salvador, el delito dejará de considerarse perseguible únicamente mediante acción privada. Dados los citados presupuestos, la acción penal deberá ser ejercida por la Fiscalía General de la República, según lo previsto en el último inciso del art. 400 CPrPn.

- b) Hurto impropio del art. 209 CPn, una conducta cercana al ilícito civil en la que faltaría el dato de la *ajeneidad* de la cosa sustraída para configurar el tipo de hurto.

- c) Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela, delitos previstos respectivamente en los arts. 238 y 239 CPn, cuyo carácter de ilícito penal puede ser puesto en entredicho. Realizar el depósito de las facultades de persecución en quien haya sufrido sus consecuencias puede, por tanto, considerarse lógico.
- d) Cheques sin provisión de fondos, conducta prevista en el art. 243 CPn cuyo tipo ha sido configurado subsidiariamente al delito de estafa por el DL n° 650, del 1 de julio de 1999.<sup>94</sup> En aras a su perseguibilidad habrá de tenerse en cuenta este dato, en tanto que la estafa es un delito de acción pública y por tanto la actividad de la víctima no será estrictamente necesaria.

No olvidemos, por último, que este catálogo no se halla cerrado, sino que será posible realizar la conversión de otra serie de delitos en acciones privadas a tenor del art. 29 CPrPn. Lo particular de los aquí reseñados es que en estos casos única y exclusivamente podrán perseguirse por acción privada, tal y como denota el primer inciso de este precepto.

Presente una de las conductas así descritas sólo la actividad de la víctima, directamente o mediante su representante procesal, podrá sostener con vida el proceso. Abandonada o renunciada la acción por ésta, el proceso fenecerá sin remisión (art. 31.9 y 41 CPrPn), en lógica consonancia con el principio *nemo iudex sine actore* y la imposibilidad de que ningún oficial público pueda seguir manteniéndola.

La referencia del último inciso relativa al procedimiento por el cual se conocerán estas causas ha de entenderse hecha al capítulo único del Título V, Libro III del CPrPn, relativo al procedimiento especial por delito de acción privada (arts. 400 a 405 CPrPn), lugar al que debemos remitirnos en este momento.

### **3. Por conversión en virtud del art. 29 CPrPn**

#### *a) Sentido y función*

La Ley procesal penal permite la posibilidad de que ciertos delitos de acción pública, bien perseguibles de oficio o bien previa instancia de particular, queden inmediatamente transformados en delitos perseguibles sólo por acción privada. Habiendo hecho uso de esta facultad que la ley deposita en manos

---

94 P.D.O. n° 129, Tomo n° 344, del 12 de julio de 1999.

de la víctima y que requiere la autorización de la Fiscalía estaríamos en presencia de las características descritas anteriormente, incluyendo la posibilidad de hacer decaer toda persecución mediante renuncia o abandono.

El legislador habilita en este artículo un instrumento calificable, cuando menos, de arriesgado, que ha sido justificado por la posibilidad de conferir *mayor permeabilidad al sistema* y fundado *en la necesidad de que la víctima tenga una participación efectiva en el procedimiento* en supuestos en que *por su insignificancia el interés público no quede comprometido*.<sup>95</sup> El legislador ha visto en él un mecanismo que *permite un avance hacia la democratización de la justicia penal*, en tanto junto a un supuesto reconocimiento de los derechos de la víctima, *constituye el germen que puede propiciar la evolución del sistema hacia formas más racionales en la solución de los conflictos*.<sup>96</sup> No obstante, sin entrar ahora en indagar el sentido de una imposible por inexistente “democratización de la justicia” y desde una concepción eminentemente pública del proceso penal en la que la posición activa de particulares sólo sería justificable en cuanto sea apta para suplir las deficiencias de la de los oficiales públicos, es difícil de compartir tan halagueño panorama.

En el art. 29 CPrPn vemos, por contra, una puerta entreabierta a una indeseable dejación de funciones por parte de los órganos estatales que, por ese motivo, deberá ser entendida con un carácter lo más restringido posible. La mera posibilidad de conversión de acciones privadas en acciones públicas presenta un panorama de inseguridad jurídica en la persecución de los delitos, cuyo incierto destino puede constituir una lógica fuente de inquietud. Una lectura del sentido último del precepto nos habla de la posible concreción por voluntad de la víctima y en determinados tipos de delitos del lugar donde se hallan los límites entre su propio interés y el interés público, lo cual sólo puede ser entendido como una clara y peligrosa privatización del proceso penal. La cautela relativa a la necesaria anuencia de la Fiscalía General de la República puede toparse con circunstancias fácticas que hagan de ella insuficiente, tales como pudieran ser, por ejemplo, una saturación momentánea o prolongada de trabajo en la que, aun de forma espuria, ésta podría erigirse en una buena forma para descargar una agenda apretada. Es más, la autorización a la que nos referimos sólo parece poder negarse cuando se esté en presencia de un interés público gravemente comprometido, concepto jurídico indeterminado cuyos límites serán difíciles de perfilar en demasiadas ocasiones.

---

95 Vid. Exposición de Motivos del C.Pr.Pn., epígrafe III, párrafo 15°.

96 Ibidem.

Consideramos por otra parte que la conversión de un delito de acción pública en uno de acción privada no conllevará ventajas apreciables para la víctima, quien además, de esta guisa, se verá obligada a asumir una carga que no tenía originariamente por cuanto el ejercicio de la acusación corresponde al oficial público constitucionalmente obligado a ello. La búsqueda de una mayor participación activa de la víctima tampoco es un argumento convincente, pues sin necesidad de la conversión el ofendido está habilitado legalmente para mantener una posición de protagonismo activo en el ejercicio de la acusación (art. 13 CPrPn). Quizá la facultad más llamativa en este sentido sea la de personarse como querellante, pero sin descartar tampoco el amplio ámbito de juego que tienen reconocido en el CPrPn instituciones tales como la conciliación o la reparación del daño, etc., con aptitud para extinguir la acción penal en varios de estos delitos. Desde este punto de vista, las desventajas de la privatización encubierta inserta en este precepto son apreciablemente mayores que sus virtudes. Y entre ellas no podría ser descartada teóricamente una posible presión a la víctima a través de amenazas o promesas con el fin de que promueva la transformación del delito para que, posteriormente, no desarrolle una actitud diligente en sus funciones de acusación.

#### b) *Iniciativa*

La iniciativa de la conversión debe proceder de la víctima del delito, entendiendo que entran en esta categoría los sujetos incluidos en el art. 12 CPrPn. Tratándose de sujetos menores o incapaces, serán lógicamente sus representantes o tutores quienes, en calidad de representantes procesales, puedan instar la transformación. En este último caso entendemos que será precisa la autorización judicial, puesto que si se requiere para la revocación de una "instancia particular" (art. 40.II CPrPn), con similar motivo en este caso pues las consecuencias pueden ser gravosas para los intereses del incapaz.

#### c) *Autorización*

La Fiscalía General de la República deberá autorizar necesariamente esta transformación, lo cual ocurrirá cuando *no exista un interés público gravemente comprometido*. Hecho el requerimiento por la víctima, el Fiscal deberá ponderar la existencia de un interés público en juego para manifestar expresamente su consentimiento a la transformación solicitada. No cabe pensar en un consentimiento tácito que pudiera derivar de una inactividad de la Fiscalía, en tanto al exigirse que ésta *lo autorice* parece requerirse un comportamiento activo.

La exigencia de que la afección al interés público sea grave nos parece uno de los puntos clave del precepto y constituye uno de los aspectos más dignos

de crítica. Con esta previsión el legislador reconoce y admite sin aparentes problemas de conciencia que allí donde el interés público se vea comprometido, aunque no lo sea gravemente, será posible extraer de la persecución oficial de delitos, para trasvasarlos a la iniciativa y el ámbito privado. Lo que nos debemos cuestionar ahora es dónde se halla la tenue frontera entre la afección grave al interés público y el resto de las afecciones o bien, cómo puede delimitarse esa línea divisoria. La lógica respuesta habría de encontrarse en el máximo respeto al principio de legalidad, en tanto es el legislador penal el que da las pautas con las que trazar sus límites.

Por todo ello esperamos y confiamos en que la facultad discrecional que se pone en manos de la Fiscalía para consentir estas transformaciones sea utilizada con escrupuloso respeto a la ley. La mera *dejación* de las funciones persecutorias por parte del Estado cuando constitucionalmente viene obligado a ellos constituiría en sí misma una grave afección al interés público, suficiente como para no autorizar la conversión. Sólo en contadas ocasiones y como mal menor será por tanto recomendable tal autorización.

#### d) *Ámbito*

Podrán ser transformados en delitos de acción privada única y exclusivamente los siguientes:

- Los delitos que requieran “instancia particular”, lo cual nos obliga a remitirnos al art. 26 CPrPn para conocer cuáles sean éstos.
- Cualquier delito contra la propiedad, entendiendo por tales aquellos en los que ésta sea el bien jurídico protegido, particularmente los delitos relativos al patrimonio de los arts. 207 y ss. CPn. La amplitud de la redacción de este inciso nos obliga teóricamente a incluir en esta posibilidad conductas que conllevan violencia sobre las personas, tales como el robo, tanto en su tipo básico como en el agravado (arts. 212 y 213 CPn). En estos casos parece claro que una solicitud de conversión deberá topar con la expresa negativa por parte del Fiscal pues, evidentemente, existe una grave afección para el interés público.

Advierte este inciso con todo merecimiento que en caso de pluralidad de víctimas de un mismo hecho criminal contra la propiedad, será necesario el consentimiento de todas ellas, aunque sea sólo una quien asuma la carga de proseguir la persecución penal. La crítica aquí se refiere no sólo ya a la existencia de una privatización, sino que además se posibilita la cesión de las facultades para perseguir. En estas circunstancias no será extraño los intentos de utilizar abusivamente esta previsión legal, por lo que será necesario adoptar intensas cautelas con el fin de evitarlas.

- Cuando se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe. Repite aquí el legislador el primero de los criterios utilizados para abrir paso a la utilización del principio de oportunidad (art. 20.1 CPrPn), precepto al que habrá de acudir para conocer cuándo estaremos ante alguno de los supuestos en que el legislador salvadoreño da vigencia al principio *minima non curat praetor*.

El precepto podría transmitir no obstante una idea confusa de su verdadera intención, puesto que ha de tenerse en cuenta que en aplicación de una pauta legal prácticamente idéntica, el Fiscal podrá solicitar al Juez que se prescinda de la persecución penal. De ahí que debemos entender que ambas vías, ésta y la del 20.1 CPrPn, podrán utilizarse alternativamente, pero sin que podamos otorgar preferencia hacia su uso por la fiscalía como forma de desarrollo de sus facultades relativas al principio de oportunidad. Si la víctima solicita la conversión y se dan las circunstancias previstas (insignificancia, mínima contribución o mínima culpabilidad) el Fiscal estará obligado a acceder, por cuanto no le quedará otro remedio que reconocer que el interés público no resulta afectado gravemente, y consecuentemente la responsabilidad sobre la persecución se *trasvasará* al ofendido. No se puede olvidar que si es la Fiscalía quien utiliza este criterio, pervive también la posibilidad de defender una acción privada en virtud del art. 21.II CPrPn, si bien limitada temporalmente a un plazo de tres meses contados desde la fecha en que se prescinde de la persecución penal.

## VII. La extinción de la acción penal y sus motivos

### 1. Significado

La ley ha optado en el art. 31 CPrPn por atribuir al término “acción penal” una equivalencia a “procedimiento penal” que, como se ha visto, constituye el único cauce para la aplicación del *ius puniendi*. Cuando la voluntad de la ley es la de extinguir la acción penal, lo que se está queriendo es que en presencia de algunas de las causas descritas no exista proceso penal y, por consiguiente, tampoco condena.

En la gran mayoría de los supuestos previstos como causa de extinción se alude a una carencia manifiesta de justificación de un proceso penal, sin entrar en si éste se ha iniciado o no, por razón de determinadas circunstancias en presencia de las cuales aquél carecería de sentido. Cuando *prima facie* se

presenta clara la inutilidad de desarrollar una actividad procesal que se dirigiría sin remedio a un callejón sin salida, parece congruente trazarla *ab initio*. Entre otras razones podrían señalarse en primer lugar motivaciones de justicia material, que nos inducen a plantearnos lo injusto de someter a alguien a las molestias e inconvenientes de un proceso cuyo resultado –el sobreseimiento definitivo o la absolución– podemos conocer desde el principio. Las razones de economía procesal serían un nuevo criterio a añadir a este respecto, ya que nada más antieconómico que la actividad jurisdiccional que se desarrollará sobre “la nada” procesal y/o penal”. A lo que viene a aludir el precepto es, por tanto, a que dada una de las causas de extinción de la acción penal previstas no existe o desaparece el derecho del Estado a la aplicación de la norma penal: el *ius perseguendi*, previo y necesario para el ejercicio del *ius puniendi*, ha quedado enervado y con ello el proceso y la posible imposición de la sanción prevista en la norma habrán perdido todo sentido.

En cuanto a sus efectos puede decirse que variarán en función de la causa ante la que nos encontremos, y será con carácter previo ésta la que habrá de considerarse. No producirá idénticas consecuencias la consunción de la acción penal, por ejemplo, por fallecimiento de uno de los imputados, lo cual no repercute en otras personas que puedan resultar sospechosas, que la amnistía, en la que con independencia de quien pudiera ser imputado, toda la actividad persecutoria (con las salvedades que luego se verán), carece manifiestamente de razón de ser. Esta cuestión será analizada en relación con las diferentes causas extintivas de la acción penal.

Si comparamos este precepto con el art. 96 CPn., relativo a las causas de extinción de la responsabilidad penal, constataremos que varias de ellas son coincidentes parcial o totalmente (prescripción, amnistía, perdón del ofendido cuando legalmente se le atribuye este valor, etc.). La diferencia fundamental entre considerar que en presencia de una de ellas estamos ante una causa que consume la acción penal o bien la responsabilidad criminal radicará en los efectos que su apreciación va a producir. Esto es claro si se tiene en cuenta que la actividad procesal no es posible sin acción penal por lo que, extinguida ésta, carece de justificación cualquier acto tendente a la imputación. Por contra, la apreciación de una causa de extinción de la responsabilidad penal deberá realizarse en la propia sentencia (o bien en el proceso de ejecución de ésta<sup>97</sup>), con lo que será necesaria toda la actividad procesal

---

97 Nótese que constituye causa de extinción de la responsabilidad penal la muerte del condenado, y no la del imputado, como ocurre en la extinción de la acción penal.



alegatoria y probatoria conducente a ella. Durante el proceso se habrá formulado una pretensión penal por sujeto diverso al juez, pero llegado el momento final, éste habrá de estimar que no concurren las premisas para la condena relativas a la culpabilidad del autor. De ahí se deriva que la alegación y apreciación de una de las causas de extinción de la acción penal aporte claras ventajas contempladas desde la aplicación de la economía procesal. Adviértase que ambas posibilidades no se excluyen entre sí, puesto que en ocasiones será la actividad alegatoria y probatoria en el marco del proceso la que nos aporte luz sobre la concurrencia de alguna de las causas citadas.

El correcto entendimiento del significado de la extinción de la acción penal nos lleva a distinguir los supuestos en que el proceso todavía no se haya iniciado, frente a aquellos otros en los que ya ha existido alguna actividad procesal, por mínima que ésta sea.

- a) En el primero de estos casos, la apreciación de una causa extintiva tendrá como resultado el rechazo *a limine* de cualquier requerimiento dirigido a una imputación. En presencia de alguna de ellas quedará vetada la posibilidad de afirmar la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos para el enjuiciamiento, en la medida en que se hace evidente que tales presupuestos no existen porque han desaparecido por voluntad de la ley a pesar de la existencia de una conducta que revestía aparentemente las condiciones para ser considerada delictiva.

Particularmente importante será tener en cuenta la imposibilidad de adoptar cualquier tipo de medidas cautelares contra ningún sujeto, así como impedir la realización de actividades de investigación, sea por la Policía, la Fiscalía o los órganos jurisdiccionales. La sujeción de alguien a una innecesaria "pena de banquillo" derivada de su sometimiento a un proceso abierto sin fundamento constituiría una clara injusticia que ha de ser vetada.

- b) Si la causa de extinción concurre habiéndose iniciado ya el proceso penal, la lógica consecuencia será la finalización de éste tan pronto como se aprecie la circunstancia de la que se trate, con independencia del momento procesal en el que nos encontremos. Parece claro que la extinción de la acción penal no impedirá radicalmente la realización de determinadas actividades procesales, particularmente aquellas tendentes a acreditar la presencia de la causa alegada (muerte, amnistía, prescripción, etc.) o aquellas dirigidas precisamente a configurar la causa extintiva (conciliación si es intraprocesal, aplicación de criterios de oportunidad, reparación del daño, etc.). Incluso, aun declarada extinguida la acción penal, cabe la posibilidad de que el proceso no fenezca por haber

sido impugnada la correspondiente resolución por alguno de los legitimados, sea la Fiscalía, sea algún querellante privado.

Pero, salvadas esas posibilidades y tan pronto como exista una resolución jurisdiccional en la que se reconozca con carácter definitivo la imposibilidad de proseguir una acción penal, el proceso carecerá absolutamente de sentido. Sin posible ejercicio de la pretensión penal no puede haber acusador y sin ninguno de esos dos elementos, no podrá haber proceso penal (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*).

De particular importancia será la utilización de las denominadas “excepciones” contempladas en el art. 277 números 2 y 3, en cuya virtud las partes podrán oponer como cuestión de previo y especial pronunciamiento la falta o la extinción “de la acción penal”.

Cuestión diferente será lo relativo a la acción civil, pues la extinción de la acción penal no la conllevará ineludible y necesariamente. La acción civil, pese a contar con una vía para su planteamiento en el marco del proceso penal, justificable histórica y actualmente por razones de economía procesal y de tutela de la víctima, se rige por leyes civiles (vid. art. 125 CPn),<sup>98</sup> en consonancia con su naturaleza civil.

Dada la diversidad presente en el catálogo descrito en este artículo y complementado por varios de los siguientes, procede realizar un análisis por separado de cada una de las causas que lo componen. Ha de advertirse, por otra parte, que con ello no se agotan todos los posibles supuestos en los que se impide la persecución penal aun en presencia de conductas aparentemente delictivas.<sup>99</sup>

---

98 Si bien este precepto alude a la no extinción de la responsabilidad civil con ocasión de la extinción de la responsabilidad penal, no puede desconocerse que similares apreciaciones pueden realizarse en relación con la acción penal.

99 Un ejemplo lo encontramos en la resolución en sentido negativo de un antejuicio en el sentido expuesto *supra*. Véase además el art. 252 CPn, que sin decirlo expresamente contiene una modalidad extintiva que se refiere a la responsabilidad penal pero que tiene evidentes consecuencias en las posibilidades de persecución: en los delitos relativos a la Hacienda Pública no se impondrá pena al imputado siriere frente a sus obligaciones fiscales con los correspondientes accesorios.

## 2. Muerte del imputado

El principio de personalidad de las penas determina el carácter imposible, además de inútil, del inicio o la prosecución de cualquier actividad procesal cuando ha fallecido el sujeto a quien se imputan los hechos. La actividad dirigida formalmente a lograr la imposición de la consecuencia jurídica pretendida por la norma penal carece de sentido en ausencia de un sujeto, por lo que la mención legal es plenamente lógica. Son pues de aplicación las palabras de BINDING en el sentido de que *lo incondicionalmente no punible es incondicionalmente no perseguible*.<sup>100</sup>

Como señalaba el Profesor GÓMEZ ORBANEJA, *al fallecido no es sólo que no se le pueda condenar (a tenor del precepto de la ley penal sustantiva); es que no se le puede tampoco absolver: no se puede proceder contra él*.<sup>101</sup> No obstante, el precepto al que estamos aludiendo no parece pensar en la muerte producida con anterioridad al inicio del proceso, en tanto al referirse al “imputado” parece requerir una determinación subjetiva de quien ocupe esa posición. Por eso cabe pensar en el caso de una investigación abierta contra persona indeterminada<sup>102</sup> o contra alguien cuyo fallecimiento se ignore, en curso de la cual se hayan podido dictar requerimientos o decretar algún tipo de medida cautelar real. Es claro que, en este caso, una vez se tenga constancia del óbito, la actividad procesal deberá cesar íntegramente. No habiéndose iniciado el procedimiento, y previa constancia del fallecimiento, no procederá siquiera la formación de causa criminal alguna.

Cuestión diversa es la pervivencia de la responsabilidad civil dimanante del ilícito penal, en tanto a tenor del art. 122 CPn. *la obligación de la reparación civil recae sobre la sucesión del deudor y grava los bienes sucesorales, transmitiendo la misma a sus herederos en cuanto a los bienes heredados...* La muerte opera así como causa extintiva de la acción penal, pero en lógica consonancia con su diversa naturaleza, no impide el ejercicio por el ofendido o sus herederos de las correspondientes pretensiones civiles dimanantes del ilícito. Es claro que, a partir del fallecimiento, cualquier pretensión resarcitoria en el sentido citado habrá de canalizarse a través del proceso civil.

---

100 BINDING, K., *Handbuch I*, p. 811

101 GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, T. II, op. cit. pp. 274 y 688.

102 Adviértase que la apertura del juicio oral requiere indefectiblemente la determinación de las personas acusadas (art. 322.1 CPrPn), con lo que al menos a partir de este momento la imputación se debe dirigir frente a sujeto concreto.

### 3. Conciliación

La escueta dicción del art. 31 ha de ser completada con la más amplia y, en ocasiones, oscura de los arts. 32 y 33 CPrPn, que al especificar los límites y los efectos de la conciliación, nos aportan pistas sobre lo que debemos entender incluida en esta causa extintiva.

#### a) *Concepto*

La conciliación supone la existencia de un acuerdo entre delincuente y víctima<sup>103</sup> dirigido a la realización de alguna prestación por parte de aquél en favor de ésta que lleve aparejado una forma de evitar la sanción penal.<sup>104</sup> Tales formas de consenso se han enmarcado tradicionalmente dentro del movimiento de desjudicialización o, en la terminología anglosajona *diversion* (desviación), cuyo denominador común viene a ser bien el de evitar el acceso de los conflictos penales al proceso mediante una solución alternativa a éste o bien impedir su desarrollo en una fase incipiente mediante el sobreseimiento definitivo de la causa. Tiene así una finalidad de elusión del proceso o de “filtrado” de los elementos que a éste se van a aportar.<sup>105</sup>

Su existencia presupone una comunicación directa entre ambos sujetos, normalmente con ayuda o intervención externa propiciada por algún especialista.<sup>106</sup> La trascendencia que puede llegar a adquirir tal intervención ha dado base a la duda doctrinal en torno a la configuración de la conciliación, bien como una modalidad autocompositiva o bien como heterocompositiva, en función del acento que se confiera a la actividad del tercero.<sup>107</sup> A mayor abundamiento tal intervención nos servirá en algunos casos para distinguir la tenue frontera, no suficientemente delimitada en el CPrPn, entre mediación y conciliación.

---

103 No cabe olvidar que estaremos todavía ante un presunto delincuente y una presunta víctima, por cuanto no ha sido jurisdiccionalmente determinada la existencia del delito. En el mero consenso entre ambos sujetos puede percibirse un reconocimiento mutuo y recíproco de las citadas condiciones, lo cual pudiera constituir el fundamento subjetivo que posibilita la conciliación.

104 Aborda la cuestión de forma esclarecedora ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación...*, op. cit. pp. 70 y ss.

105 PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, op. cit. p. 36

106 El art. 402 C.Pr.Pn. en relación con el procedimiento por “delito de acción privada” se refiere a la realización de la audiencia de conciliación por un *amigable compositor*.

107 Al respecto vid. PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, op. cit. p. 37.

liación. Cuando la función del tercero incluye, por ejemplo, la propuesta de acuerdos ante las partes estaremos ante supuestos de mediación; mientras que si aquél se mantiene en una posición inter partes, sin realizar propuestas de acercamiento entre ambas, hablaremos de una verdadera conciliación.<sup>108</sup>

Por otra parte, nuestro análisis sólo se puede centrar en los efectos que esa conciliación va a surtir para el proceso penal, sin tomar en cuenta si detrás de ella existe un mero acuerdo que posibilita la huida de éste o una verdadera *reconciliación*, en el sentido de una identificación con el contenido del acuerdo o una restauración de la posible relación previa entre ambos, aspecto que escaparía del análisis jurídico para adentrarse en los caminos de otras ciencias sociales como la psicología, la sociología, la criminología o el trabajo social.<sup>109</sup>

El primero y más evidente de esos efectos será asignación por el legislador a esta nueva huida del proceso de una capacidad potencial para pacificar las relaciones sociales, que es apta para modificar las consecuencias jurídicas aparejadas a determinadas conductas criminales. A diferencia de la reparación, en la conciliación no se alude a un resultado material concreto (una prestación), sino a un procedimiento abierto, con indefinidas posibilidades de cristalización en función de la disposición de ambas partes, del apoyo externo y de su mismo desarrollo. La conciliación culminada con éxito podrá desembocar en la reparación íntegra del daño tal y como exige el 4º párrafo del art. 32 CPrPn, y de hecho será la finalidad primaria en los delitos patrimoniales a los que se refiere el nº 1 de su primer párrafo, pero no es la única finalidad que cabe imaginar. Pensemos por ejemplo en un acuerdo que incluya también la petición de disculpas, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad o de otras víctimas, la entrega de donativos a organizaciones benéficas o incluso sustitutivos que participen en cierta medida de la naturaleza de las penas, tales como el compromiso de no acercarse a un determinado lugar o una determinada persona.

---

108 Sobre estas cuestiones vid. BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de los conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia 1999, pp. 188 y ss.

109 Entre el cúmulo de procesos que puede desencadenar el tratamiento comunicativo entre autor y víctima pueden destacarse los siguientes: dar y recibir información sobre los hechos quizá no conocidas anteriormente, tratar y esclarecer posibles divergencias sobre ellos, intercambiar puntos de vista y valoraciones sobre lo sucedido. Al respecto y desde la experiencia práctica en la mediación penal vid. WOLF, J., *Bedeutung der Konfrontation von Täter und Geschädigten aus der Sicht der Praxis*, en BMJ (ed.), *Täter-Opfer-Ausgleich. Zwischenbilanz und Perspektiven*, Bonn 1991, pp. 132 y ss.

En cuanto modalidad consensual, puede entenderse que nos encontramos ante una manifestación del principio de oportunidad, y como tal puede vislumbrarse en múltiples ejemplos de derecho comparado en los que uno de los criterios que pueden enervar la persecución viene determinado, con mayores o menores repercusiones prácticas, por tales acuerdos.<sup>110</sup>

Entrando en el análisis del precepto podemos abordar las siguientes cuestiones:

*b) Causas en las que puede operar la conciliación con finalidad extintiva de la acción penal*

El artículo 32 CPPrN conforma el ámbito objetivo en el que se sitúa normativamente la conciliación, describiendo las modalidades delictivas en cuya persecución es ésta posible. Se trata de conductas heterogéneas, agrupadas en función de diversos criterios sin más vínculo en común que el dato de ser susceptibles de acuerdos entre los protagonistas de la acción criminal con el fin de dar una respuesta concorde al conflicto surgido con el delito. Entre los delitos conciliables se encuentran los siguientes:

- Delitos contra el patrimonio o de contenido patrimonial. La determinación de lo que haya de entenderse por tales se realizará posteriormente al referirnos a la reparación del daño, por lo que nos debemos remitir a lo allí expuesto. Quizá lo más destacable sea la expresa exclusión que se hace de determinadas conductas dotadas de una especial gravedad, la cual justifica la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. A tenor del inciso final del 2º párrafo de este artículo, no cabe conciliar los delitos de robo, robo agravado o extorsión, a pesar de su contenido patrimonial. Tal exclusión no puede ser calificada más que de lógica en atención a los bienes jurídicos afectados en tales delitos y que exceden con mucho del mero ataque al derecho a la propiedad. De igual manera no cabe conciliar tampoco el delito de secuestro, el cual, por otra parte no se integra en el mismo título que los antedichos sino en lo concerniente a los “Delitos relativos a la libertad”, en concreto en el art. 149 CPn.
- Homicidio culposo del art. 132 CPn, con las especialidades allí contempladas en relación con los supuestos de comisión mediante la

---

110 Vid. a título de ejemplo los arts. 153 y 153a) StPO o 19 de la Ley Orgánica española reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

conducción de vehículos o como consecuencia de una profesión o actividad médica o paramédica. Con ello quedan excluidos las restantes formas de homicidio (simple, agravado o piadoso), la inducción al suicidio así como los delitos relativos a la vida del ser humano en formación.

En estos supuestos la facultad para conciliar corresponderá al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, al hijo o padre adoptivo, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero testamentario, en aplicación de la previsión del art. 12.2 CPrPn relativa a la víctima en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.

- Lesiones, comprendidas en los artículos 142 y 146 CPn, esto es, únicamente las contempladas en el tipo básico de las lesiones así como las lesiones culposas, pero sin que quepa conciliar las graves, las muy graves ni las agravadas.
- Delitos de acción pública previa instancia particular, previsión que alude con carácter general a las conductas contempladas en el art. 26 CPrPn. Ha de advertirse, no obstante, que alguna de éstas han sido integradas aquí de forma reiterativa y por tanto superflua. Es el caso del número anterior, pues como se sabe, las lesiones de los arts. 142 y 146 son también delitos perseguibles previa instancia particular.

Además de los supuestos aquí reseñados, se ha de adelantar ahora que en los delitos perseguibles mediante acción privada al intento de conciliación se le da el carácter de obligación, un requisito que ha venido siendo configurado tradicionalmente en varios sistemas como uno de los presupuestos para la iniciación del propio proceso en tales causas.<sup>111</sup> De hecho, en el procedimiento especial por delito de acción privada salvadoreño se prevé también necesariamente la realización de un intento de conciliación en el transcurso de una

---

111 Vid. como ejemplo el art. 278 LECrim española. En el caso de la legislación alemana tal requisito viene previsto en el art. 380 StPO y se refiere a un amplio catálogo de delitos (allanamiento de morada, injurias, vulneración del secreto de las comunicaciones postales, lesiones causadas con medios peligrosos, lesiones imprudentes, daños, etc, pero puede quedar enervado cuando la Fiscalía aprecie la existencia de un interés público en la persecución.

audiencia que será llevada a cabo por uno de los jueces del tribunal (art. 402 CPrPn). Sólo si celebrada ésta no se ha logrado un acuerdo, podrá decretarse la detención del imputado (art. 6 CPrPn), lo cual, evidentemente, se erige en toda una forma de conminación al imputado para el logro de tal acuerdo.

- Delitos sancionados con pena no privativa de libertad. La sanción habrá de contemplarse en abstracto, es decir, contemplando el tipo penal en el que se inserta la conducta delictiva y comprobando que la consecuencia jurídica impuesta por la norma es cualquiera de las restantes sanciones previstas en el ordenamiento penal al margen de las privativas de libertad, sin limitación de tiempo ni de cuantía: multa, prestación de trabajo de utilidad pública o inhabilitación absoluta o especial. Ha de recordarse que a pesar de que estas últimas estén configuradas como penas accesorias, podrán ser también impuestas como principales (vid. art. 46 CPn).<sup>112</sup>

Puesto que en la ley no se hace ningún distingo al respecto, quedan excluidos los delitos que tengan asignada pena privativa de libertad, bien sea de prisión, arresto de fin de semana o arresto domiciliario. Con ello podemos encontrarnos situaciones en que delitos cuya pena sea la de arresto domiciliario tendrán vetada la vía de la conciliación, mientras que otros que tengan asignadas sanción de multa, que podrían ascender a cifras cuantiosas si se tratara de un imputado pudiente, sí serán susceptibles de ella.

- Delitos menos graves, que en virtud del art. 18 CPn, serán aquellos cuya pena no exceda en abstracto de tres años de prisión o de multa inferior a 200 días multa.

### *c) Sujetos de la conciliación*

La conciliación habrá de realizarse entre el imputado y la víctima, quienes podrán designar como representantes para lograr un acuerdo bien a apoderados especiales o bien a cualquier persona que les represente con carácter exclusivo para este acto, siempre que en este último caso lo hagan ante el

---

112 Las restantes penas accesorias (expulsión del territorio nacional y privación del derecho de conducir), no determinarán por sí el carácter de conciliable o no de un delito, puesto que se trata de penas accesorias. Si se imponen junto con otras diversas a la privativa de libertad, la vía de la conciliación ha de entenderse abierta.



juez o ante la Fiscalía General de la República. La ley no impone condiciones especiales para el ejercicio de esta función, ni de cercanía a los interesados ni de cualificación o preparación profesional, pero parece pensar en personas de confianza de ambas partes que sean capaces de llevar a buen fin una negociación tendente al logro de un acuerdo.

Con la salvedad del posible nombramiento de amigables componedores en la conciliación de los delitos perseguibles mediante acción privada (art. 402 CPrPn), no se prevé con carácter general la intervención de mediadores especializados que contribuyan al buen fin de una negociación conducente al acuerdo conciliador. Sin embargo las partes se podrán ver instadas en la práctica a intentar al menos alguna forma de conciliación en virtud de las facultades para promoverla que se asignan a la Fiscalía (art. 248.7, 313.6, 316.7 CPrPn) o a los órganos jurisdiccionales (art. 319 CPrPn, relativo al intento de conciliación y arts. 256.9 y 320.7 CPrPn que le obligan a resolver sobre la acordada).

Con respecto a la intervención del imputado, la ley viene a excluir la posibilidad de conciliación en dos supuestos, articulando de esta forma un mecanismo de garantía que configura el logro de este acuerdo extintivo de la acción penal con una finalidad tendente a la prevención general positiva. Quedan así excluidos de tal facultad los delincuentes reincidentes o habituales y aquellos que en los últimos cinco años a contar desde la fecha de los hechos hayan conciliado delitos dolosos de los que trata el presente artículo. Con ello se trata de impedir un abuso de este mecanismo de solución autocompositiva del conflicto por parte de personas que bien han demostrado reiteradamente su no reinserción social con su propensión delictiva o bien ya se han aprovechado en una anterior ocasión de las ventajas que el sistema de persecución de los delitos les proponía.

#### *d) Momento procesal*

La conciliación se podrá realizar en cualquier momento del proceso anterior a la clausura de los debates en la vista pública. No obstante, es claro que existen momentos más propicios para ella, los cuales pueden ser rastreados a lo largo de todo el decurso procesal y que sin duda poseen ventajas desde el punto de vista de la economía procesal. Es posible hallar en este sentido facultades en manos de la Fiscalía para propiciar la conciliación en su requerimiento (art. 248.7 CPrPn) o en la audiencia preliminar (arts. 313.6 y 316.7 CPrPn), momento en el cual puede ser también solicitado por los demás intervinientes en el proceso. También en este acto podrá el juez intentar la conciliación (art. 319 CPrPn), todo ello con el objetivo de evitar la entrada en el juicio plenario.

*e) Acta de documentación de la conciliación*

Logrado un acuerdo en los supuestos descritos, corresponde a la víctima notificar aquél al Tribunal de forma personal, sin que pueda realizarse a través del apoderado especial que hubiera podido intervenir en su representación para el logro del acuerdo. De esta manera, y en orden a garantizar la fiabilidad de la manifestación que realiza el ofendido confiriéndole la necesaria credibilidad, se exige de él un comportamiento activo y no de mera ratificación de lo hecho por terceros. Llama la atención el que tal notificación no pueda (o no tenga que) verificarse por el imputado, el cual implícitamente reconocerá la culpabilidad y asumirá las responsabilidades acordadas.

El pacto logrado entre las partes habrá de documentarse en un acta que habrá de revestir la forma descrita en los arts. 123 y 124 CPrPn, debiendo ser signada por todos los intervinientes, no sólo en el acuerdo, sino en la actividad procesal en la que se ha enmarcado su notificación al juez. En ella se documentarán las obligaciones pactadas así como las modalidades para su cumplimiento, determinando, cuando ello sea posible, un plazo concreto para su ejecución. Con carácter preceptivo se exige la constancia entre tales mandatos del relativo a la reparación del daño a la víctima u ofendido, lo cual parece desvelar la finalidad principal que el legislador pretende conferir a la conciliación: la de lograr un acuerdo de resarcimiento aceptado en plenitud por ambas partes.

La garantía del cumplimiento de lo acordado en la conciliación viene ratificada por el carácter ejecutivo que en el 5º párrafo del precepto se confiere al acta en el que aquella quede documentada. Un incumplimiento de las condiciones pactadas o del plazo reseñado a tal efecto abrirá el correspondiente proceso de ejecución en el que, sin que ello venga específicamente descrito en la Ley, deberán adoptarse de forma proporcionada cuantas medidas sean acordes al buen fin de lo que en su día se acordó. En tanto la homologación de los acuerdos conciliatorios requiere una resolución jurisdiccional, la competencia para aquella actividad ejecutiva habrá de entenderse asignada al Juez o Tribunal que la dictara (art. 441 CPrPn).

*f) Incumplimiento de lo acordado*

A tenor de lo dispuesto en el art. 33 CPrPn *cuando el imputado incumpliere dentro del plazo sin justa causa las obligaciones pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado*, perfilando así los efectos de la conciliación en cuanto modalidad extintiva de la acción penal.

Una vez acordada la conciliación podemos constatar la presencia de un “proceso latente”, que permanecerá vivo, aunque inactivo, entre la redacción del

acta en el que se recoge el acuerdo y el momento de la definitiva extinción de la acción penal, punto a partir del cual el proceso podrá darse por efectivamente fenecido. Ello por cuanto este precepto deja claro que sólo podrá operar la desaparición del *ius persecuendi* cuando se cumplieren por el imputado las obligaciones pactadas dentro del plazo fijado, a no ser que concurriera justa causa. De no haberse satisfecho diligentemente tales condiciones en los términos acordados y aceptados, se revelará que aquello que hubiera podido servir para impedir la prosecución del proceso se trataba únicamente de una suspensión temporal de éste, por lo que habrá de reanudarse una vez cumplido el plazo marcado.

En caso de no ejecutarse lo conciliado en los términos previstos, el último inciso establece que la reanudación del procedimiento se realizará “como si no se hubiese conciliado”. Por ello debemos entender que la causa proseguirá en la misma coyuntura y el mismo momento procesal en el cual se hubiera cerrado provisionalmente.

#### 4. Amnistía

La amnistía es una manifestación del derecho de gracia en virtud de la cual el Estado declara la impunidad de todos los hechos a los que aluda la ley en que se otorgue y que se extenderá a una pluralidad de sujetos no siempre determinados.<sup>113</sup> Sus efectos pueden ser comprendidos fácilmente si tenemos en cuenta que estamos ante una “amnesia” estatal respecto de determinados delitos y de su autores. SILVELA aludía a ella como una “derogación transitoria de la ley”<sup>114</sup> y no carecía de razón, en tanto la amnistía enerva de manera absoluta la producción de prácticamente la totalidad de los efectos jurídicos que las conductas a que se refiere pudieran llevar aparejados: el propio proceso penal, tanto declarativo como cautelar, las penas que ya hubieran sido impuestas tanto principales como accesorias, la constancia de antecedentes penales, etc.

---

113 Como resaltan JESCHECK y WEIGEND, en tanto afecta a una pluralidad de personas será necesaria una ley. JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. ed., Berlin 1996, p. 923

114 SILVELA, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación en España*, T. II, Madrid 1839, p. 432.

Tratándose de un verdadero acto político que debe tener un carácter excepcional, la competencia para la concesión de amnistía corresponde a la Asamblea Legislativa (art. 131.26° CN y 3 Ley Ocurros de Gracia). No debe olvidarse que la amnistía es una de las formas más absolutas de negación del principio de legalidad penal y que, por ende, la decisión en que se acuerde debe tomar escrupulosamente en consideración el daño que con ello se produce al sistema penal en su conjunto y si éste compensa con las ventajas políticas obtenidas. La anulación de la relevancia penal de ciertos hechos que en un momento anterior hubieran podido considerarse muy graves debe en este sentido ser adecuadamente ponderada en atención a sus consecuencias para no incurrir en flagrantes injusticias materiales.

La amnistía viene limitada objetivamente a tres supuestos:

- a) Delitos políticos, entendiéndose como tales los delitos relativos al sistema constitucional y a la existencia, seguridad y organización del Estado (art. 21.I en relación con los arts. 340 a 342 y 350 a 360 todos ellos del CPn). Asimismo son delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los jefes de Estado o de Gobierno (art. 21.II CPn).
- b) Delitos comunes conexos con los políticos, supuestos en los que se engloban las conductas delictivas que tengan relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste (art. 21. III CPn).
- c) Delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte,<sup>115</sup> particular circunstancia en la que en atención a la pluralidad subjetiva de la comisión no parece adecuado el indulto a cada uno de los partícipes.

La amnistía, por naturaleza irrevocable, podrá no obstante verse sujeta a condiciones y restricciones *que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen*. En tales casos, a los beneficiados por ella se les asigna la facultad de renunciar a sus efectos (art. 12 Ley Especial de Ocurros de Gracia), con lo que se debe entender depositada en ellos la posibilidad de que la acción penal no se extinga por ministerio de la ley.

---

115 Art. 131.26° CN y 3 Ley Especial de Ocurros de Gracia.

A tenor del art. 5 de la Ley Especial de Ocurros de Gracia, la amnistía podrá concederse no sólo a los condenados por sentencia ejecutoriada, supuesto en el que operaría como causa de extinción de la responsabilidad penal, sino también *a los que se hallen procesados con causa pendiente y también a aquellas personas que aún no han sido sometidas a ningún procedimiento penal*, revelando así su carácter de causa extintiva de la acción penal en el sentido descrito en este precepto. Centrándonos en éstos, hemos de acudir a los arts. 8.4º y 9 de la misma norma para fijarnos en los efectos asignados a la extinción de la acción penal. Tratándose de imputados con causas pendientes, el Juez o Tribunal competente deberá inmediatamente decretar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo (*sin restricciones*, dice la citada ley) o bien, una vez abierto el juicio oral, dictar sentencia absolutoria. En el caso de personas no sometidas a proceso alguno, la extinción de la acción penal en virtud de amnistía impedirá de raíz su sometimiento a juicio y, en el caso de iniciarse cualquier actuación procesal contra ellas, su mera alegación deberá bastar que el Juez o Tribunal acuerde con carácter inmediato el sobreseimiento definitivo de la causa al igual que en el supuesto anterior.

Nótese que la amnistía como causa de extinción de la acción penal, por llevar consigo un “olvido” voluntario del delito por parte del Estado, justificado en razones políticas y revestido de una serie de garantías, el fundamento del sobreseimiento se halla en la inexistencia de delito (art. 308.1º CPrPn) y no en la exención o extinción de la responsabilidad penal (art. 308.3º y 4º CPrPn). En todos estos casos el Juez o Tribunal deberá agregar a su resolución *el ejemplar del Diario Oficial en que aparece publicado el decreto de amnistía respectivo, o la certificación del mismo decreto extendida por la Asamblea Legislativa* (art. 9 Ley Especial de Ocurros de Gracia).

Hemos presentado la amnistía como una forma de “amnesia voluntaria” del delito por parte del Estado, que vendría a impedir la producción de cualquiera de las consecuencias jurídicas de éste, pero debemos hacer una salvedad en lo relativo a la responsabilidad civil derivada del delito. El art. 7 de la Ley Especial de Ocurros de Gracia cita entre las restricciones a que puede verse sometida la concesión de amnistía la posible subsistencia de la responsabilidad civil en los casos de condenados, precepto que se desarrolla posteriormente en el art. 11 del mismo cuerpo legal y se contempla también en el art. 104 CPn. así como entre las causas de extinción de la responsabilidad civil del 45.2.d) CPrPn. Tales previsiones, en cuanto permiten la pervivencia de la responsabilidad civil, no parecen compadecerse bien con el carácter de preterición del delito propio de la amnistía y además pueden provocar desigualdades flagrantes entre los sujetos sobre los que ya pese una condena frente

a aquellos otros aún no juzgados, sobre los cuales no habrá podido establecerse la responsabilidad civil correspondiente.<sup>116</sup>

Merece la pena en este sentido detenerse en el análisis del último inciso del citado art. 11 de la Ley Especial de Ocurros de Gracia, cuya dicción es la siguiente: *Respecto a los imputados o aquellos a quienes no se ha instruido proceso, la extinción de la responsabilidad penal por la amnistía, lleva implícita la extinción de la responsabilidad civil en que pudieren ser condenados.* El legislador parece pensar en la posibilidad de desarrollo de un juicio contra un sujeto, aun por conductas enmarcadas en la amnistía, con el mero fin de determinar las responsabilidades civiles. Es evidente que por mor de la extinción de la acción penal derivada de la amnistía será inconcebible toda posibilidad de enjuiciamiento de aquellas conductas, por lo que entendemos que el inciso destacado es reiterativo y pudiera inducir a confusión al haber obviado tal imposibilidad jurídica.

A diferencia de lo prescrito en los arts. 104 y 105 del CPn, el legislador del CPrPn ha ignorado la posible eficacia intraprocesal del indulto, reservándolo única y exclusivamente para supuestos en que ya haya sido impuesta una condena al referirse a él como *la extinción de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada.*

## 5. Prescripción

### a) Concepto

Con carácter previo al análisis del régimen de la prescripción de la acción penal, contemplado en los arts. 31.4 y 34 a 39 CPrPn,<sup>117</sup> consideramos necesario recordar qué es lo que ha de entenderse por prescripción del delito, prescripción de la pena o prescripción de la acción penal.

---

116 Tales problemas podrían encontrar solución regulando en cada decreto de amnistía los mecanismos para hacer frente a las posibles consecuencias patrimoniales de los delitos amnistiados, que en muchos casos pasarán por una asunción de tales responsabilidades con fondos públicos.

117 El inciso 1º del art. 34 CPrPn ha sido sustituido por el D.L. Nº 665 de 22 de julio de 1999, nº 157, Tomo nº 344, del 26 de agosto de 1999. El art. 36 CPrPn, relativo a la prescripción durante el procedimiento fue derogado por el D.L. Nº 665 de 22 de julio de 1999, nº 157, Tomo nº 344, del 26 de agosto de 1999.

- Cuando hablamos de prescripción de un delito o de una falta aludimos a la imposibilidad de asignar el reproche que asigna la norma penal a los hechos de que se trate, motivada por el transcurso de un tiempo determinado legalmente. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el art. 96.3 CPn al declarar extinguida la responsabilidad penal por la prescripción. Es lugar común entre la doctrina justificar su razón en el transcurso prolongado del tiempo, que vendría a operar cambios jurídicos que provocan la innecesariedad de considerar subsistente la necesidad de castigo de tales conductas.

Puesto que, dadas las circunstancias temporales previstas normativamente no podrá imponerse la sanción prevista, es lógico que deje de tener sentido cualquier actividad procesal encaminada a su persecución.<sup>118</sup> De ello se deriva la dificultad de abordar una cuestión que ha pasado tradicionalmente por determinar si nos encontramos ante una institución de naturaleza procesal o material. Ello repercutirá aparentemente en aspectos relativos a la retroactividad de los plazos de prescripción insertos en una nueva norma o, particularmente, a los efectos extintivos sobre la responsabilidad penal.<sup>119</sup> Pero puesto que la ley salvadoreña no deslinda con nitidez las notas propias de la prescripción del delito o de la acción penal, será observable que parece referirse a la primera con preferencia a la segunda. Habrá de advertirse, sin embargo, que nos encontramos ante una institución de naturaleza mixta, tanto sustantiva como procesal, que podrá desplegar sus efectos en ambas vertientes.

- En el caso de la prescripción de la pena el transcurso del tiempo origina la imposibilidad jurídica para hacer ejecutar la pena que en su día fue impuesta, y se tomará como referencia bien la firmeza de la sentencia, bien el momento en que aquélla dejó de cumplirse por cualquier motivo. La

---

118 La cual, por otro lado, podrá chocar en ocasiones con una verdadera imposibilidad material de hacer acopio de elementos de cargo una vez transcurrido demasiado tiempo.

119 De particular interés al respecto es la monografía de VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht*, Ebersbach am Main, 1978. A juicio de VOLK pertenecerían al derecho procesal aquellas normas que regulan la marcha de un proceso dirigido a la obtención de una sentencia. Derecho Material sería por contra aquello que regula lo que debe ser justo en la realidad vital social. Una norma pertenece al Derecho procesal si regula un comportamiento en un proceso de y ante los órganos de la justicia, que está dirigida a un fin de tutela jurídica concreto. Ver también HENKEL, H., *Prozeßrecht und materielles Recht*, p. 21.

razón de ser en este caso parece radicar en que a partir de un determinado momento la pena dejará de cumplir su finalidad de prevención especial. La detallada regulación de la prescripción de la acción penal contenida en los arts. 34 a 39 CPrPn, se ha realizado en unos términos muy similares a los de los arts. 99 y ss. CPn, relativos a la prescripción de la pena.

- La prescripción de la acción penal *stricto sensu* se articula como un impedimento procesal que origina que en el momento en que conste la existencia del lapso temporal en las condiciones determinadas legalmente, no pueda realizarse ninguna actividad procesal. La prescripción hace decaer así no sólo el derecho estatal a castigar —el *ius puniendi*— (tal y como ocurre en la prescripción del delito), sino la mera posibilidad de enjuiciar —el *ius persequendi*—, imposibilitando consecuentemente tanto la absolución como la condena.

De haberse iniciado ya el proceso y de revelarse en cualquier momento de éste la concurrencia de los elementos configuradores de la prescripción, se habrá de realizar únicamente la actividad conducente a su finalización inmediata. Una vez fuera estimada jurisdiccionalmente la prescripción, bien de oficio pues se trata de una cuestión de orden público, bien previa alegación de parte, dará lugar con carácter obligado al sobreseimiento definitivo (art. 308.4º CPrPn) o a una sentencia absolutoria (art. 356.2º CPrPn), dependiendo del momento procesal en que nos hallemos. Téngase en cuenta que en esta materia la ley también se ha servido del término “acción penal” como equivalente a “proceso penal”, para aludir a toda la actividad jurisdiccional conducente a la averiguación de las circunstancias de un hecho calificado jurídicamente, de su autoría y a la posibilidad de aplicarles las consecuencias jurídicas previstas en la norma penal y procesal.

#### b) *Plazos de prescripción contemplados en el art. 34 CPrPn*

La determinación de los plazos de prescripción al objeto de originar los efectos de ésta se realiza tomando como referencia la pena principal asignada a los delitos de cuya persecución se trate. Las factibles consecuencias penales accesorias que pudieran en su caso llegar a imponerse conjuntamente con la pena principal no repercutirán a estos efectos. Ello nos obliga a plantearnos si de esta forma se está aludiendo a las penas señaladas en abstracto en cada figura delictiva o a su depuración en concreto atendiendo al grado de realización delictiva o de participación de su autor. Teniendo en cuenta que la prescripción puede ser estimada en un momento procesal muy anterior a la determinación de los extremos citados y de su calificación jurídica, parece lógico considerar en aplicación de un criterio de seguridad jurídica que el



plazo extintivo aluda a las penas señaladas en abstracto en cada una de las figuras delictivas.<sup>120</sup>

La ley fija dos diversos lapsos temporales para la prescripción de la acción penal en el caso de los delitos y uno específico para las faltas, distinguiendo así tres supuestos:

- La persecución de todos los delitos sancionados con pena privativa de libertad de cualquier naturaleza quedará extinguida en función de la duración temporal máxima de ésta. Será ese cómputo temporal el que nos venga a fijar el momento a partir del cual la acción penal ha de considerarse extinguida. Como se ha dicho, el parámetro de cuantificación temporal será la pena legalmente prevista considerada en abstracto, sin atender a las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad en el caso concreto. No obstante, con el objeto de evitar situaciones de injusticia material, se viene a fijar un marco temporal máximo y mínimo para la operatividad de la prescripción. De esta manera, y con independencia de la pena prevista, la ley impone que ese plazo no excederá de diez años, ni será inferior a tres.
- La persecución de los delitos sancionados únicamente con penas no privativas de libertad, sea multa, prestación de trabajo de utilidad pública o inhabilitación absoluta o especial,<sup>121</sup> prescribirá a los tres años. Se utiliza así el criterio de la naturaleza de la pena, y no el de su duración, que a estos efectos puede considerarse irrelevante.
- En el caso de la persecución de las faltas el plazo de prescripción es bastante menor, pues en consonancia con la menor trascendencia que para el interés público adquieren esas conductas queda reducido a un año. Se homogeneiza de esta forma el plazo extintivo por prescripción en el caso de todas las faltas, a pesar de que las penas a imponer pudieran ser de diversa naturaleza o duración.

El conocimiento de la aplicabilidad de uno u otro plazo pasa por la realización de una calificación jurídica previa de la conducta de que se trate, con el fin de

---

120 Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., en GRACIA MARTÍN, L., et. al., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia 1998, p. 287.

121 Una vez más ha de recordarse que a pesar de que la inhabilitación sea con carácter general una pena accesoria, podrá ser también impuesta como principal (vid. art. 46 CPn), lo que permite utilizar su duración como criterio distintivo para entender prescrita la acción penal.

incardinarla en alguno de los bloques descritos. Podemos poner en cuestión por tanto qué es lo que ocurriría si esa calificación se modificara posteriormente y cómo operarían con respecto a la nueva calificación esas modificaciones. A nuestro juicio, una vez declarada la extinción por prescripción, la acción penal no podrá proponerse ya por el mismo hecho, aun calificado como delito a que corresponda un término de prescripción más largo.<sup>122</sup> Por el contrario, perseguido inicialmente un hecho como constitutivo de delito al que la ley señale una pena privativa de libertad, si esa calificación varía a la baja para entenderse que constituye un delito con asignación de pena de otra naturaleza o una falta, serán los plazos más cortos correspondientes a estas conductas los que entrarán en juego.

*c) Supuestos de imprescriptibilidad de la acción penal*

El último párrafo del precepto alude a la imprescriptibilidad del ejercicio de determinadas pretensiones penales, estableciendo así unas razonables excepciones al *tempus omnia vincit* que vienen determinadas por la gravedad de algunas conductas cuya persecución no deberá obviarse jamás en atención a su terrible lesividad. Nos referimos a los delitos de tortura,<sup>123</sup> a los actos de terrorismo, secuestro o genocidio, a la violación de las leyes o costumbres de guerra, a la desaparición forzada de personas, o a la persecución política, ideológica, racial o por motivos de sexo o religión. Razones de política criminal abogan porque en estos casos el mero transcurso de un lapso temporal no pueda ser considerado suficiente como para impedir la aplicación de la norma penal con toda su intensidad a unas conductas verdaderamente traumáticas para la sociedad en su conjunto. En tales supuestos el ánimo del legislador se dirige hacia determinados fenómenos criminales que se reputan especialmente dañosos antes que hechos delictivos concretos, por lo que la nota de imprescriptibilidad, que no es aplicable a otras conductas que, en ocasiones, pueden ser aún más graves que alguna de las previstas, nos viene a determinar una voluntad expresa de no olvidarlas por el mero paso del tiempo.

---

122 Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, op. cit. T. II, p. 313.

123 Al respecto corresponde aludir a la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, con entrada en vigor el 28 de febrero de 1987. El Estado salvadoreño la suscribió el 16 de octubre de 1987 y realizó el oportuno depósito del instrumento de ratificación el 5 de diciembre de 1994.

d) *Comienzo de la Prescripción*

El art. 35 CPPrPn establece el momento *a quo* para el inicio del cómputo de los plazos extintivos, contando el tiempo de diversa forma en atención al grado de consumación del delito. Desde el punto de vista procesal el artículo aludido no ofrece particulares dificultades interpretativas y, de hecho, puede ser considerado sin género de dudas como una norma de carácter material. La ausencia de una previsión en el CPn con respecto a la prescripción del delito nos lleva a concluir que es principalmente a ésta y no a la de la acción penal a la que se está aludiendo en este precepto, a pesar de que se contenga en un código procesal.

Para determinar el momento inicial a partir del cual podrá comenzar el cómputo de la prescripción habrá de tomarse en cuenta la consumación o no de la comisión delictiva, así como la forma y el desarrollo temporal de los hechos de que se trate. Se establece así en primer lugar que en los delitos perfectos o consumados, el plazo de prescripción comenzará desde el mismo día en que la consumación haya tenido lugar, con independencia de la realización o no de alguna actividad procesal de averiguación de los hechos o de la identidad del delincuente. En el caso de los delitos imperfectos o en grado de tentativa a los que alude el art. 24 CPn, tal plazo comenzará el día en que se realizara el último acto de ejecución dirigido a la comisión delictiva truncada. En función del delito de que se trate podremos encontrarnos con una pluralidad de actos diversos pero, una vez comenzada la práctica de actos tendentes a la ejecución de algún ilícito penal, será el último de ellos el que marque la pauta. A estos efectos será indiferente el motivo por el cual no ha podido consumarse el delito, y si éste tiene relación con una actividad de investigación, sino bastará con que se produzcan por causas extrañas al agente.

Los delitos continuados a los que se refiere el art. 42 CPn,<sup>124</sup> en tanto aluden a una comisión reiterada en el tiempo, podrían inducir a confusión si trataran de insertarse en alguno de los dos números anteriores. De ahí que el legislador fije el *dies a quo* para el inicio del plazo de prescripción en el día en que se

---

124 Estaremos ante un delito continuado cuando con dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones similares de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aun cuando no fueren de distinta gravedad. La excepción viene constituida por los delitos de homicidio y lesiones, en los que no existirá delito continuado (art. 42 CPn). A la penalidad de estas conductas alude el art. 72 CPn.

realizara la última acción u omisión delictuosa de todas las que vienen a configurar tales conductas como un delito continuado. El precepto termina aludiendo a los delitos permanentes, conductas en las cuales la comisión se prolonga en el tiempo sin solución de continuidad, supuestos para el que el momento inicial será el día en que cese la ejecución. Una vez más nos referimos a una situación de carácter objetivo: bastará con que las acciones u omisiones que configuran el delito dejen de ejecutarse, sin considerar el motivo por el que esto haya ocurrido, para que podamos entender que comienza a operar la prescripción.

No debe olvidarse que a efectos del plazo de la prescripción existe una excepción relativa a los delitos y faltas oficiales, es decir aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público (art. 22 CPn). En estos supuestos, y en previsión que mediante su actividad oficial pudiera entorpecer o directamente impedir la adecuada persecución de los delitos, el plazo de la prescripción sólo comenzará a transcurrir desde que el funcionario presunto culpable hubiera cesado en sus funciones (art. 242 CN).

*e) Suspensión del término de la prescripción*

Esta circunstancia es delimitada por el art. 37 CPrPn en el que se establecen los supuestos a tener en cuenta. Su idónea comprensión pasa en primer lugar, no obstante, por la interpretación de su último inciso, en tanto en él se contiene el significado de la suspensión de la prescripción, que además servirá para establecer las diferencias existentes con la interrupción en el artículo siguiente. El sentido de la suspensión de la prescripción alude a que, en presencia de alguna de las causas aquí descritas, el plazo correspondiente, fijado en atención a los criterios del art. 34 CPrPn, dejará de computarse momentáneamente. Esa paralización temporal determina que los términos establecidos tendrán que contarse en dos plazos diversos: antes de la concurrencia de cualquiera de las causas y después de que se hayan resuelto en función de su contenido, debiéndose sumar ambos datos para poder completar el plazo prescriptivo.

Las causas contempladas para la suspensión del plazo son las siguientes:

- La existencia de un impedimento procesal inserto en una disposición constitucional o legal, que determine la imposibilidad de promover o proseguir la persecución penal. Es el caso, por ejemplo, de la persecución de los delitos graves presuntamente cometidos por Diputados desde el día de su elección hasta el fin de su mandato, la cual está vetada por el art. 238 CN a no ser que la Asamblea Legislativa declare previamente que hay lugar a la formación de causa.

No obstante, el presupuesto procesal de la instancia particular en los delitos perseguibles únicamente mediante ella quedará excluido de lo aquí previsto. De esta forma, la falta de la iniciativa de parte no operará efecto alguno en relación con la prescripción.

- Como garantía frente a posibles abusos de poder o a una ilegítima utilización de éste, en los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de su función, el plazo de prescripción se encontrará suspendido mientras cualquiera de quienes hayan participado siga desempeñando la función pública. Se completa y se especifica de esta forma la previsión del art. 242 CN a la que se aludió *supra*.
- También como garantía, pero en este caso frente a posibles declaraciones espurias tendentes a la impunidad aprovechando momentos de turbulencia política o social, la ley establece también una norma relativa a la suspensión del plazo prescriptivo en el caso de delitos relativos al sistema constitucional cuando haya ruptura del orden institucional. Mientras dure tal situación de quiebra del sistema, el plazo habrá de entenderse suspendido, para volver a poder retormarse el cómputo una vez restablecido aquél.
- La elusión de la acción de la justicia mediante el traslado del presunto culpable a un país extranjero intenta evitarse en la medida de lo posible dificultando la prescripción de tales delitos o de la posibilidad de su persecución. De esta forma, la duración en el extranjero del trámite de extradición no integrará el plazo prescriptivo, por lo que aun en presencia de indebidas dilaciones o de un largo período de tiempo para su tramitación, no se producirá el efecto de consumir el oportuno plazo.
- El plazo de prueba que posibilita el art. 23 CPrPn puede determinar la suspensión temporal de la persecución penal durante el transcurso de aquél, que no será inferior a un año ni superior a cuatro. En tales supuestos se pretende que el otorgamiento de tal plazo no surta efectos prescriptivos sobre la posible persecución en caso de incumplimiento por parte del imputado de lo resuelto.
- La suspensión de la persecución penal en los casos del art. 20 CPrPn en aplicación de criterios de oportunidad en el ejercicio de ésta, tampoco podrá erigirse en una ventaja para el imputado al objeto de que transcurra el plazo de prescripción. Aquella suspensión tendrá como efecto directo la suspensión también del término, impidiendo su posible utilización para impedir la persecución en un momento posterior.
- El art. 90 CPrPn prevé la suspensión de la persecución penal por incapacidad sobrevenida derivada de una enfermedad mental que excluya la

capacidad de entender o de querer del imputado. Previo dictamen pericial el Juez o Tribunal podrá ordenar la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad, impidiendo la declaración indagatoria y el juicio. Aun cuando el Juez o Tribunal deberá estar oportunamente informado sobre la salud mental del sujeto a través de un informe semestral o de los exámenes que se le realicen de hallarse internado provisionalmente, podría darse la circunstancia de que la prescripción operara en ese lapso de tiempo. Con el fin de evitarlo, una vez declarada la suspensión de la persecución y en tanto se reanude cuando el sujeto recupere su plena capacidad, el plazo prescriptivo habrá de entenderse también suspendido.

f) *Interrupción de la prescripción*

La interrupción de la prescripción se contempla en el art. 38 CPrPn, cuyo último inciso nos permite conocer el sentido de sus previsiones. Se distingue la interrupción de la suspensión en que, dada alguna de las causas legalmente previstas, el cómputo del plazo correspondiente no quedará en suspenso, sino que tendrá que iniciarse de nuevo como si no se hubiera consumido en absoluto con anterioridad. El tiempo transcurrido desde la presunta comisión delictiva hasta el momento en que concurre alguna de las causas de este precepto no computará a efectos de prescripción. Será a partir del momento en que concorra alguna de las dos circunstancias descritas cuando se inicie de nuevo el plazo, debiéndose reiniciar en su caso el cómputo temporal íntegramente en los términos del art. 34 CPrPn. El sentido del precepto será, por tanto, el establecimiento de excepciones a lo previsto en el art. 35 CPrPn, en el que se determina el inicio del tiempo de prescripción de la acción penal.

Los supuestos a los que alude la ley como causas de interrupción de la prescripción son únicamente los dos siguientes:

- *Declaración de rebeldía del imputado.* Ello nos obliga a remitirnos a los artículos 91 a 94 CPrPn, en los que se regula la contumacia en el proceso penal salvadoreño. No habiendo comparecido el imputado a una citación judicial sin alegar justa causa, habiéndose fugado del lugar donde se halle detenido o ausentado del asignado para su residencia podrá ser judicialmente declarada la rebeldía, momento a partir del cual el plazo de prescripción quedará inmediatamente interrumpido. No será por tanto el dato fáctico de la ausencia del imputado o la circunstancia de no encontrarse el imputado a disposición del órgano jurisdiccional el que determine el momento inicial de interrupción de la prescripción, sino que se requerirá formalmente la existencia de la declaratoria judicial de rebeldía a la que alude el art. 92 CPrPn. Satisfecho ese requisito, el plazo prescriptivo dejará de contar en tanto subsista la rebeldía.

Corresponde plantearse también cuándo podrá entenderse “desaparecida la causa de interrupción”, en tanto será éste el momento a partir del cual el plazo comenzará a correr íntegramente según lo dispuesto en el último inciso del precepto. La respuesta viene determinada por la propia naturaleza de la rebeldía: desaparecerá ésta una vez comparecido el rebelde a presencia judicial, bien sea por propia voluntad con o sin alegación de causa justificada, bien sea por haber sido hallado como consecuencia de la orden de captura que en su caso se pudo expedir.

La finalidad de esta previsión parece ir encaminada a impedir que un sospechoso de haber cometido alguna acción delictiva pueda obtener ventajas en términos de prescripción sustrayéndose de la acción persecutoria de la justicia, aprovechando el que el paso del tiempo le pueda proporcionar una vía de escape para no responder de sus actos. Es plenamente comprensible, por tanto, que en esta situación no se suspenda el curso de la instrucción, de forma que no existirá inconveniente en proseguir toda la actividad encaminada al enjuiciamiento del sospechoso (art. 93 CPrPn).

Debemos plantearnos, sin embargo, un problema que, en tanto subsista la vigente regulación, deberá resolverse en contemplación conjunta de la totalidad de los preceptos relativos a la prescripción y aplicando los órganos jurisdiccionales buenas dosis de creatividad. Nos referimos a los riesgos que supone el hecho de que la interrupción del plazo prescriptivo en caso de declaratoria de rebeldía no se vea sometida legalmente a límite alguno. Es perfectamente posible que, expedida una declaratoria de rebeldía, el imputado ni comparezca ni sea habido durante un largo período de tiempo, bien por una voluntad manifiesta de sustraerse de la persecución, bien por mero desconocimiento de que se sigue una causa contra él. En tales casos podríamos encontrarnos con pretensiones penales que *de facto* no prescribirían nunca,<sup>125</sup> o bien con unos plazos de prescripción que pudieran ser totalmente desproporcionados y por ende materialmente injustos, lo cual no parece corresponderse con la voluntad del legislador. Entendemos, por tanto, que se hubiera debido establecer un límite temporal máximo, a partir del cual, el plazo de la prescripción pudiera volver a correr íntegramente.

---

125 Recuérdese que las acciones penales imprescriptibles son únicamente las contempladas en el último párrafo del art. 34 CPrPn.

126 Obsérvese que la utilización de otros medios impugnativos (apelación, revisión) no generará interrupción de la prescripción en los términos aquí descritos.

- *Por una sentencia condenatoria que aún no haya adquirido firmeza por haber sido recurrida en casación.* En tales supuestos,<sup>126</sup> para cuyo detenido análisis habremos de tener en cuenta los arts. 421 y ss. CPrPn, se pretende evitar que posibles dilaciones en la resolución del recurso puedan ocasionar la prescripción e impedir consecuentemente la persecución de tales conductas. En estos supuestos el último párrafo del precepto (*desaparecida la causa de interrupción...*), parece aludir a la adquisición de firmeza de la resolución jurisdiccional de que se trate por desistimiento del recurso correspondiente.<sup>127</sup>

*g) Individualización de los efectos de la prescripción*

El art. 39 CPrPn establece que la prescripción correrá, se suspenderá o interrumpirá en forma individualizada para cada uno de los partícipes en el delito. Estableciendo efectos individualizados para cada uno de éstos en el delito, el legislador asume que las causas de suspensión o interrupción del plazo de prescripción pueden operar de forma muy diversa en relación con unos u otros sujetos. Las vicisitudes por las que puede atravesar la persecución estarán en función lógicamente de cada una de las personas y aunque, con carácter general, puedan seguir caminos muy paralelos, tampoco será esto imprescindible.

A nuestro juicio el precepto está pensando antes en la prescripción del delito que en la de la acción penal, aun cuando sean, como se ha visto, cuestiones íntimamente conexas. Si realizamos esa afirmación es porque la dicción del artículo parece ir encaminada a perseverar en la garantía de individualización y personalización de la responsabilidad penal. Diferente será, como veremos, lo que ocurre con la unidad de la acción penal tal y como desvelan los dos siguientes artículos, así como el 27, todos ellos del CPrPn.

## **6. Pago del máximo previsto para la pena de multa**

Con esta previsión se presenta una extravagante modalidad de cumplimiento anticipado y voluntario de una pena que, en tanto aun no ha sido impuesta, puede considerarse inexistente. Realizando el pago al que alude el inciso 5º del art. 31 CPrPn, el sujeto imputado vendría a reconocer la culpabilidad de los hechos de los que se le acusa y, sometiéndose espontáneamente a las más gravosas de entre las consecuencias jurídicas previstas legalmente (el

---

127 En relación con el desistimiento de los recursos vid. art. 412 CPrPn.



pago del máximo previsto para la pena de multa), podrá enervar el inicio o la prosecución de un proceso penal seguido en su contra.

Llama la atención la dificultad para incardinar esta causa extintiva en el sistema de penas previsto en el Código Penal. El art. 51 de este cuerpo legal obliga a que la cuantificación del monto pecuniario a abonar al Estado se realice mediante la técnica de los días multa. La fijación de esa cantidad deberá ajustarse a las condiciones personales, a la capacidad de pago y a la renta potencial del condenado en el momento de la sentencia, pudiendo además ser disminuida después de la condena por el juez de vigilancia penitenciaria en atención a un retroceso en su capacidad de pago o renta potencial (art. 53 CPn). Puesto que la cantidad a abonar no se puede determinar en términos objetivos antes de la sentencia (y puede variar después de ella), resultará poco menos que imposible saber cuánto es lo que deba pagarse para poder extinguir la acción penal con *el pago del máximo previsto para la pena de multa*.

La única forma de solventar parcialmente esa posible antinomia legal será la de tomar como referencia objetiva para la cuantificación económica de la hipotética pena el último inciso del art. 51 CPn.: *El día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario mínimo diario vigente en el lugar al tiempo de la sentencia y como máximo cinco veces dicho salario*. Partiendo de este dato tendremos ya una cantidad a partir de la cual establecer una cuantía máxima de la pena cifrada en términos monetarios, con cuyo abono podrá evitarse o desactivarse el proceso penal mediante la extinción de la acción penal. No puede obviarse que tras esta solución se oculta una factible injusticia y una evidente desigualdad, pues se estará compeliendo al presunto culpable a aceptar una sanción que, por no tomar en cuenta sus recursos, puede ser subjetivamente desproporcionada. Aquél que por su disponibilidad económica se vea capacitado para hacer frente a una sanción fijada tomando como referencia el quíntuple del salario mínimo se hallará en evidente ventaja. Por contra, quien carezca de medios suficientes sólo difícilmente podrá evitar el proceso extinguiendo la acción penal en los términos aquí descritos, y se verá obligado a esperar al final del proceso para que, siendo declarado culpable, se le imponga una multa en consonancia con sus recursos económicos.

El pago de la multa irá a parar a las arcas del Estado (art. 51 CPn), por lo que no repercutirá (al menos directamente) sobre el patrimonio de quien hubiere podido sufrir el delito. Es observable así que en esta modalidad consuntiva de la acción penal no pueden apreciarse ventajas aparentes en favor de las víctimas, sino que únicamente se dirige a eludir el proceso penal mediante el tácito reconocimiento de la culpabilidad que ha de preceder al abono de aquella cantidad.

Aun cuando el art. 31.5º CPPrPn parece referirse inequívocamente a un pago, el CPn establece una posible alternativa que, a pesar de aludir sólo a los condenados, entendemos aplicable aquí por extensión. Se trata de la posible sustitución del abono pecuniario por la realización de un trabajo de utilidad pública, a razón de dos horas de trabajo por cada día multa en casos de incapacidad de pago. Acaso sea esta la vía a través de la que pueda darse solución a los inconvenientes descritos anteriormente. Según nuestro criterio, una vez asumido el compromiso de la realización del trabajo de utilidad pública, la acción penal podrá considerarse en suspenso y, una vez culminado el plazo en el que se haya desarrollado la tarea asignada, quedará extinguida por voluntad de la ley. De igual forma entendemos también aplicable el fraccionamiento del pago en cuotas semanales o mensuales al que alude el art. 52.I CPn *in fine*, teniendo presente que la causa extintiva operará con el abono de la última cuota.

## **7. Cumplimiento del plazo de prueba, en los casos de suspensión condicional del procedimiento**

Esta causa de extinción de la acción penal, contemplada en el inciso 7º del art. 31 CPPrPn ha de contemplarse en conexión con lo dispuesto por los arts. 22 y concordantes, así como por la remisión implícita del primero de estos preceptos a los relativos a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Este último aspecto es regulado por el Capítulo IV del Título III del CPn, dedicado a las formas sustitutivas de la ejecución de la pena, aspecto digno de crítica pues la suspensión de la condena no es una forma de sustituir la pena, sino más bien de no ejecutar ésta. La suspensión implica que la pena deja de ejecutarse temporalmente durante el tiempo que fije el juez, dentro de los límites establecidos por el Código, de forma que si en dicho plazo no se delinque y se cumplen las demás obligaciones que pudieran imponerse, se produce la remisión definitiva de la pena. La suspensión es en la legislación de El Salvador siempre una facultad discrecional del Tribunal que atenderá a los requisitos exigidos.

Ha de advertirse que la suspensión condicional del procedimiento parte del requisito *sine qua non* de la reparación del daño causado por el delito o de la asunción formal de la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades, incluyendo aquí un posible acuerdo con la víctima. Dado este supuesto, satisfechas una o varias de las reglas del art. 23 bajo la observación del tribunal y transcurrido el plazo de tratamiento y evaluación que durará entre uno y cuatro años habremos de entender que no sólo seguirá en suspenso el procedimiento, sino que el Estado ha renunciado a la persecución del delito, operando por mor de estas circunstancias la extinción de la acción penal.

## **8. Revocación de la instancia particular, en los casos de delitos que dependan de ella**

A tenor de lo dispuesto en el art. 40 CPrPn, la instancia particular podrá ser revocada por la víctima, su representante legal o tutor, hasta antes de la vista pública. El presupuesto procesal constituido por la iniciativa de particulares en los delitos de esa naturaleza no quedará íntegramente satisfecho por la mera manifestación de la víctima a tal efecto, sino que se puede ver sometido a resolución cuando ésta lo desee. El motivo por el que el legislador la ha incluido parece apuntar al deseo de que en este tipo de delitos cuyo catálogo, no lo olvidemos, contiene conductas graves, el proceso penal no se desprenda del todo del control por las personas a quienes se asignó en el inicio del proceso la facultad de iniciativa procesal.

La voluntad de la víctima tiene así un papel fundamental en el desarrollo de las actuaciones, pues en cualquier momento del proceso podrá instar la revocación de la autorización para proceder, originando así la extinción de la acción penal en virtud del nº 8 del art. 31 CPrPn., y requiriendo por consiguiente la finalización inmediata del proceso una vez conste fehacientemente la revocatoria manifestada idóneamente en tiempo y forma.

Llama la atención esta posibilidad, apta para desarbolar la actividad persecutoria llevada a cabo por parte no sólo de particulares, sino fundamentalmente de los órganos públicos encargados de ella, en tanto dada una revocatoria será perceptible que aquella actividad habrá devenido absolutamente inútil. Con ello y de alguna forma se estará desincentivando la idónea actividad por parte de los órganos estatales de persecución, en particular la Fiscalía, de conductas delictivas que requieran previa instancia de particular, en tanto sobre ellos pesará la incertidumbre que acarrea la posibilidad de revocarla en cualquier momento. De ahí que entendamos que en los supuestos de revocatoria hubiera sido conveniente la autorización por parte de la Fiscalía, algo que, sin embargo, no se encuentra en la ley.

En cuanto se refiere a los sujetos legitimados para la revocación, la ley se refiere a la víctima, su representante legal o tutor, una vez más sin llegar a distinguir entre legitimación y representación procesal como mecanismo para suplir el defecto de capacidad de los sujetos que no pueden realizar válidamente actos procesales. Pero lógicamente la legitimación corresponderá en cualquier caso a la víctima (a quien se asigna igualmente la legitimación para que se pueda promover la persecución), pero de no gozar de la plenitud de los derechos civiles por ser menor de edad o haber sido incapacitado, tendrá que

ser necesariamente su representante legal o tutor quien haga valer procesalmente aquella facultad.

Cuestión diversa es que en los supuestos de representación procesal de menores o incapaces requiera el 2º párrafo del art. 40 CPrPn, con buen criterio y como garantía frente a posibles revocaciones injustificadas o injustificables, que el juez autorice expresamente la revocatoria. El sentido del precepto ha de buscarse en la prevención frente a los graves efectos que ésta origina (extinción de la acción penal), asignando a un órgano jurisdiccional la misión de velar por su idoneidad. Pudierámos cuestionarnos si con esta autorización estarían irrumpiendo elementos inquisitivos en el proceso penal, al asignar al órgano jurisdiccional facultades de control sobre la acusación. Sin embargo a nuestro juicio es claro que ello no es así, por cuanto no es que el juez acuse directamente sino que únicamente verificará la fiabilidad de la revocatoria instada por los representantes procesales de la víctima. De negar el juez la autorización, el proceso seguirá su curso pues, como se ha visto, la posición activa de la víctima tras haber otorgado su autorización no es imprescindible por cuanto la Fiscalía deberá desempeñar adecuadamente tal función.

Sin fijar un momento determinado para la posible revocación de la instancia de particular, el CPrPn sí establece el punto preclusivo para ella, cifrándolo en el momento anterior al comienzo de la vista pública. Cualquier trámite previo a ésta podrá dar ocasión para realizar la actividad revocatoria la cual, eso sí, deberá realizarse de forma expresa sin dejar lugar a equívocos. Una vez más habrá de advertirse que la trascendencia de sus efectos determinará el que deba verse rodeada de garantías, por lo que sería inadmisibles entenderla realizada tácitamente.

El art. 27 CPrPn, así como el último párrafo del art. 40 de ese mismo cuerpo legal aluden a la obligación de que la revocatoria de la instancia de particular se extienda por igual a todos los partícipes en la acción delictiva, sin que la víctima pueda determinar mediante una selección los sujetos frente a los cuales la persecución decae o continúa. Los legitimados para formular la "instancia particular" podrán cerrar el paso a la persecución en sí misma, pero si su decisión es la contraria, no estarán facultados para delimitarla subjetivamente. Sentado el presupuesto procesal de la solicitud para proceder, en ésta no se podrá poner trabas a la actividad estatal de persecución, centrándola en uno u otro sujeto en función de criterios tales como, por ejemplo, la voluntad de la víctima o su representante, el grado de participación en el delito de los diversos imputados o la existencia de mayores elementos de cargo contra alguno de ellos. Sin lo dispuesto por el art. 40.III parecería fácil burlar la previsión realizada por el 27, abriendo la persecución con carácter genérico para posteriormente delimitarla haciéndola decaer en relación con alguno de los imputados.

Lo hasta aquí expuesto nos lleva a concluir que la nota de irrevocabilidad o irrevocabilidad de la acción penal puede considerarse en entredicho en los delitos dependientes de instancia particular, supuesto en el que como vemos, una vez revocada la voluntad de persecución por la víctima, quedará extinguida la posibilidad de realizar cualquier actuación procesal contra el presunto autor. Se trata de una opción arriesgada y susceptible de ser utilizada espuriamente en contra de la víctima, la cual podrá verse sometida a presión para que emita su voluntad revocatoria sin que en ocasiones pueda llegar a controlarse o atajarse su existencia.

### **9. Renuncia o abandono de la acusación, respecto de los delitos de acción privada**

El inciso 9 del art. 31, complementado con el 41 CPrPn, aluden a las repercusiones que podrá tener la utilización por su titular de las facultades dispositivas sobre la pretensión penal en los procedimientos por delitos perseguibles mediante "acción privada". El CPrPn distingue dos supuestos en los que será esto posible, asignándoles consecuencias diversas y para cuyo análisis habrán de tenerse en cuenta además los artículos 103 a 105, reguladores del desistimiento y el abandono de la querrela así como sus respectivos efectos. La contemplación conjunta del art. 41 con aquellos otros nos permite arrojar luz sobre el alcance de lo pretendido por el legislador:

- a) La renuncia o desistimiento de la querrela requiere una manifestación expresa por parte del querellante, la cual por otra parte, podrá realizarse en cualquier momento del proceso.<sup>128</sup> Implica pues una conducta activa, expresamente dirigida a producir consecuencias y efectos sobre el proceso, tanto sobre la ostentación de la condición de participante en éste por el querellante, como de la propia prosecución de éste si se trata de un delito perseguible únicamente mediante acción privada. Este último es el supuesto regulado por este precepto.

---

128 Habrán de ser advertidas las diferencias, no expresamente plasmadas en la ley, entre renuncia y desistimiento, de las cuales sólo cabe hablar tratándose de este tipo de pretensiones penales tan cercanas a las de naturaleza civil donde el carácter dispositivo ocupa un papel relevante. Mientras que en la renuncia habrá un reconocimiento implícito por parte del actor de carecer absolutamente de razón en el fondo del asunto, en el desistimiento lo que hay es un apartamiento voluntario del proceso que puede originar la finalización de éste, pero sin que la cuestión planteada quede resuelta.

En tanto acto expreso del querellante, realizado en virtud del principio dispositivo que preside este tipo de procedimientos, será él mismo quien esté facultado para determinar los sujetos frente a los que dirige su acusación. El acto procesal a través del que se haga constar el desistimiento o la renuncia deberá designar por tanto a quiénes aprovechará la renuncia. En caso contrario y en virtud del principio de unidad de la acción, la renuncia abarcará a todas las personas frente a las cuales se estuviera desarrollando la actividad de persecución.

- b) El abandono de la querrela, a diferencia de la renuncia o desistimiento, se producirá como consecuencia de la pasividad –voluntaria o no– del acusador particular, sin que requiera una declaración expresa en ese sentido. Basta el cumplimiento de alguno de los supuestos del art. 104 CPrPn para que el abandono pueda ser declarado judicialmente bien de oficio, bien a instancia de parte, originando la exclusión del proceso del actor y pudiendo determinar su finalización cuando aquél se sostuviera únicamente por la mera actividad del querellante (tal y como ocurre en los delitos perseguibles únicamente mediante acción privada).

En estos casos y en consonancia con la unidad de la acción, el abandono se entiende legalmente referido a la totalidad de los sospechosos de participar en la comisión delictiva. La inexistencia de una declaración expresa por parte del actor impide la delimitación subjetiva de su voluntad persecutoria, por lo que legalmente se equipara a estos efectos a todos los querellados.

## **10. Muerte de la víctima en los casos de delitos de acción privada**

Tal y como fue abordado *supra*, los delitos de acción privada sólo pueden ser perseguidos mediante la iniciativa y la actividad de la víctima, sin que ningún otro sujeto, ni público ni privado, se halle legitimado para asumir una posición activa. Consecuencia lógica de ello será que con el fallecimiento del único legitimado, el proceso carecerá de un actor que pueda sostener la pretensión, lo cual hará imposible de todo punto su iniciación. Una vez más habremos de recordar la vigencia del principio *nemo iudex sine actore*, cuyas consecuencias se dejan aquí sentir en su más amplio sentido.

Cuestión diversa, y ciertamente llamativa, es la factible prosecución de un proceso por un delito de acción privada cuando, encontrándose éste en curso, fallezca el actor particular. Si los herederos o sucesores del finado se muestran dispuestos a asumir la persecución le sustituirán en la condición de

legitimados activamente, asumiendo su posición procesal a todos los efectos, incluida la posibilidad de renunciar a ella o hacerla decaer por abandono (arts. 31.9, 41 y 404 CPrPn).

Se hace así perceptible el carácter patrimonializado que a esta facultad le asigna el legislador, pues posibilita la sucesión *mortis causa* no sólo de los derechos o intereses privados que se ventilen en el proceso penal, sino de la propia atribución de legitimación para el ejercicio de la acción penal. Téngase en cuenta que esta configuración legal nos acerca a un supuesto ordinario de sucesión procesal por razón de la muerte, los cuales se caracterizan porque los herederos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones. La atribución legal de legitimación para acusar en delitos de acción privada a estos sujetos parece considerar que la facultad de acusar se puede transmitir como un elemento más de la masa patrimonial del causante.<sup>129</sup>

A efectos de la personación de los sucesores se fija un plazo de sesenta días a contar desde la muerte o desde que tuvieron conocimiento de ella, siempre que se tuviera noticia también de la existencia del juicio. Se prevé asimismo la posibilidad de una notificación edictal, a partir de la cual correrá el plazo legalmente asignado (art. 404.2 CPrPn).

Inmediatamente surgen varias dudas que habrán de resolverse no sólo con el texto de la ley en la mano, sino fundamentalmente en atención a su espíritu y en consideración de todos los elementos aportados por el caso concreto. Una primera cuestión nos lleva a interrogarnos sobre quiénes sean los sujetos que pueden considerarse herederos. La respuesta vendrá dada por las normas civiles relativas a la sucesión, cuyo análisis excede las pretensiones de este trabajo. Sin embargo ha de considerarse la posible circunstancia de que, por la premura del plazo en el que se exige la personación, no pueda saberse aún quién ostenta la condición habilitante para la asunción de la posición activa en el proceso. La respuesta a tal problema habrá de solventarse sobre la base de la mera apariencia de que se ostenta el título sucesorio.

---

129 Una grave confusión del legislador se hace perceptible en el art. 404.2 CPrPn, al poner en el mismo plano la muerte o la incapacitación del acusador particular, posibilitando la entrada en el proceso de los herederos o los representantes legales respectivamente. Mientras en el primer caso nos hallaríamos en un supuesto de sucesión procesal en cuanto el finado ha dejado de tener capacidad para ser parte, en el segundo se trataría únicamente de suplir el defecto en la capacidad procesal del incapaz, que en ningún caso nos permite cuestionar su aptitud para ser titular de cargas y expectativas procesales y, por tanto, de su capacidad para ser parte.

rio alegado, a cuyo efecto se deberán aportar todos los elementos e indicios que sustenten tal afirmación.

La segunda cuestión a resolver será la de si, por servirse del plural, la ley requiere un litisconsorcio activo de la totalidad de los herederos en el momento de asumir la sucesión procesal. La respuesta deberá ser negativa, pues parecería absolutamente desproporcionada una exigencia de tal carácter, teniendo en cuenta que podemos encontrarnos en muchas ocasiones con una heterogénea pluralidad de herederos cuyos intereses no siempre serán concordados. Según nuestro criterio podrá existir ese litisconsorcio, pero no con carácter necesario, sino que la actividad de alguno de los herederos, aprovechando a todos los demás, bastará para asumir la que hubiera podido realizar el finado.

Ello nos sirve para enlazar con el siguiente interrogante, que se refiere a cuál de entre los herederos ha de entenderse titular de esta facultad y si ello implica la exclusión de los demás. Ciertamente, y puesto que la ley no establece limitaciones de otro tipo, bastará la asunción por cualquiera de los sucesores de la acusación privada, siempre que se haga en el marco temporal previsto, para que aquélla pueda proseguir su cauce. En el caso de que fueran varios de ellos los interesados, lo lógico será que actúen coordinadamente bajo una misma dirección y representación en el proceso y, de no ser esto posible, que asumiera la acusación aquel que lo hubiera solicitado en primer lugar. En ningún caso sería admisible la concurrencia de varias acusaciones privadas referidas al mismo objeto, pues el fallecimiento del legitimado originalmente no puede conducir a una disgregación o fragmentación de la acción penal.

## **11. Reparación integral del daño particular o social en delitos de contenido patrimonial**

### *a) Introducción: la reparación del daño en el sistema penal*

El acuerdo entre los diversos intervinientes en el proceso penal para restituir el daño causado por el delito mediante su reparación integral ha sido configurado también como causa de extinción de la acción penal en el nuevo Código salvadoreño y está llamado a ser una de sus preceptos de referencia.<sup>130</sup> La presente causa responde a un deseo del legislador de no someter al *strepitus*

---

130 La Exposición de Motivos ve en ello uno de los grandes postulados del abolicionismo (epígrafe III, párrafo 16º), alegando que este mecanismo *...cumplirá el propósito de iniciar el rescate de la misión fundamentalmente pacificadora de una justicia que*



*fori* aquellos hechos sobre los que medie una reparación patrimonial por parte de quien, de esta forma, vendrá a reconocer tácitamente la autoría de los hechos. Propugnando este tipo de acuerdos al recompensarlos con la extinción de la facultad de ejercicio de la acusación se pretende una descarga de actividad de los órganos jurisdiccionales en una de las modalidades delictivas más frecuentes. Se ha plasmado así una posible huida del proceso penal dando pábulo a un mecanismo alternativo a éste con importantes repercusiones prácticas. En este caso la aplicación del *a enemigo que huye, puente de plata* sirve para convalidar los acuerdos privados reparatorios, excluyendo la persecución penal y cerrando (supuestamente) la resolución del conflicto con carácter anticipado al juicio.

La reparación de los daños infligidos por el delito, al igual que los acuerdos conciliatorios entre delincuente y víctima a los que nos hemos referido anteriormente, todo ello inserto entre las consecuencias jurídicas del delito, no son patrimonio exclusivo del proceso penal ni del derecho salvadoreño. Se vienen a enmarcar dentro de una corriente perceptible desde hace ya varios años en el derecho comparado, particularmente en los ámbitos jurídicos anglosajón<sup>131</sup> y germánico, en los que se ha hablado de un “renacimiento de la idea de reparación en el derecho penal”.<sup>132</sup> Tales instrumentos han revelado

---

*se ha visto opacada por las viejas estructuras inquisitivas, y que han generado a lo largo de todos estos años toda una cultura reduccionista que mira en el uso de la violencia estatal la única vía posible de ‘pacificar’ los conflictos penales.*

131 El primer hito en este movimiento que pretende propiciar una renovada tutela de la víctima en los últimos años puede encontrarse en la *Federal Victim and Witness Protection Act* norteamericana de 1982, que preveía la posibilidad de reparación del daño por su autor como forma de sanción penal (*Restitution*). Sobre la materia vid. el informe sobre el derecho norteamericano de SILVERMAN, E., en ESER, A. / WALTHER, S., *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven / Reparation in Criminal Law. International Perspectives*, Freiburg i. Br. 1997, vol. 2º. La obra citada contiene una magnífica perspectiva de derecho comparado, con referencia a los sistemas de reparación en Holanda, Inglaterra, Suecia, Finlandia, Polonia, Rusia, EEUU, Australia, Uganda y Japón.

132 Así por ejemplo RIEß, P., “Die Rechtsstellung der Verletzten im Strafverfahren. Gutachten C zum 55. Deutschen Juristentag”, *Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentag*, T. I. Munich 1984, p. 59. El tema de la reparación a la víctima como una de las consecuencias jurídicas del delito es una de las cuestiones de más vigorosa actualidad entre la doctrina penalista de los últimos años. Entre la literatura reciente en español, con abundantes alusiones al derecho alemán, puede consultarse la obra de ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia 2000. Vid. también PÉREZ SANZBERRO, G.,

en varios ordenamientos su parcial utilidad en la criminalidad no excesivamente grave o en la justicia penal de menores,<sup>133</sup> donde el interés por evitar la estigmatización que inevitablemente se deriva del proceso o la escasa finalidad preventiva general de las sanciones, se hacen preponderantes frente a la certeza de la respuesta procesal y penal, con independencia de la mayor o menor severidad de ésta.

La reparación, si es verdaderamente voluntaria y espontánea, puede ser un indicio de reconocimiento de culpabilidad por el sujeto, en el cual es posible vislumbrar además un atisbo de entendimiento sobre la ilicitud de su conducta, sobre la validez de la norma infringida, sobre la asunción de sus responsabilidades e incluso un posible arrepentimiento que puede ser un indicador de su resocialización.<sup>134</sup> La imposición de una pena, desde la óptica de la prevención especial y atendiendo a la escasa finalidad resocializadora de ésta, particularmente de las privativas de libertad, se vería sustituida así con ventaja. Por otra parte, desde una perspectiva victimológica, no cabría ocultar que la

---

*Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?,* Granada 1999 y ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*, Valencia 2000. De la cuantiosa doctrina del ámbito germánico, cuyo repunte se puede situar a partir de la publicación en 1992 del Proyecto Alternativo de Reparación (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*) pueden destacarse ESER, A./ KAISER, G./ MADLENER, K., (editores), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i. Br. 1990 y, por su carácter descriptivo también del sistema austriaco, WAMBACH, T., *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenenstrafrecht*, Freiburg i. Br. 1996. Entre la más reciente doctrina italiana vid. FONDAROLI, D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano 1999.

133 Sobre las alternativas a la sanción privativa de libertad en la justicia penal juvenil costarricense vid. TIFFER, C.; LLOBET, J., *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, San José, 1999. Otro ejemplo reciente de la reparación en el ámbito de la justicia de menores es el art. 19 de la Ley Orgánica española 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en el que se prevé el sobreseimiento de la causa ("el expediente") por la reparación o por conciliación entre el menor y la víctima.

134 El carácter voluntario de la reparación ha sido siempre calificado como uno de los elementos básicos a la hora de poder asignarle efectos jurídicos, sin dejar de reconocer que el sujeto se puede hallar bajo la presión de su sometimiento al proceso penal. Como ejemplo vid. el Proyecto Alternativo sobre la Reparación alemán de 1992, el más acabado intento desde bases científicas de configurar la responsabilidad como una "tercera vía" junto a la pena y las medidas de seguridad y reinserción social. AAVV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, pp. 25 y ss. Una traducción del citado proyecto puede encontrarse como anexo en PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, pp. 423 y ss.

pronta, segura e íntegra reparación, sin necesidad de esperar al resultado del proceso puede contribuir a paliar en cierta medida el daño sufrido. La *ratio iuris* del precepto puede encontrarse en esta doble perspectiva: por un lado la consideración de la idoneidad de sustituir con la reparación las consecuencias sancionatorias penales tradicionales (particularmente de la pena privativa de libertad) y por otro la de contribuir a que la víctima deje de ser la “gran olvidada” del proceso penal y del derecho penal material.<sup>135</sup> Junto a ellas no puede desconocerse la virtualidad de esta modalidad extintiva para la descarga de la justicia penal, razón que muy posiblemente también se halle en el espíritu de la norma y que pudiera ocultar una visión pesimista con respecto a la capacidad de los órganos estatales para luchar contra la criminalidad.

A pesar de lo expuesto anteriormente, no debemos desconocer los enormes riesgos que puede acarrear la confianza depositada en la asignación a la reparación de un papel tan relevante en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, particularmente en la modalidad de extinción de la acción penal elegida por el legislador salvadoreño, la cual posee los efectos más intensos de entre todas las posibles. De ahí que se habrán de adoptar todo tipo de cautelas que puedan minimizar sus hipotéticos efectos perniciosos, dejando vía libre a aquellos que puedan aportar una mejora de la impartición de la justicia penal. Lo idóneo sería su percepción por todos los protagonistas involucrados en la dinámica posterior al delito como una prestación voluntaria del autor que, además de suponer una restitución al titular de los bienes jurídicos lesionados, sirva simultáneamente al restablecimiento de la paz jurídica al constituir una reacción jurídico penal al delito.<sup>136</sup> Y este es el punto donde, a nuestro juicio, la legislación salvadoreña puede hacer aguas al no transmitir suficientemente esa impresión, reduciendo esta causa extintiva a un mero “adelanto” en el abono de lo que pudiera resultar del ejercicio de la acción civil, pero sin poner énfasis alguno en las consecuencias dimanantes de la insuficiente tutela de un interés público que puede verse seriamente menoscabado y puesto en entredicho por la ausencia de enjuiciamiento de determinadas conductas.

En la configuración del consenso reparador del daño como causa de extinción de la acción penal es perceptible un sesgo de privatización del proceso penal mediante una renuncia o autolimitación estatal no carente de riesgos. La reparación es una institución jurídica cuya raíz se encuentra en el derecho civil de

---

135 Vid. ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación...*, op. cit. p. 27, 34 y ss.

136 En similares términos se manifestaba el art. 1 del Proyecto Alternativo de Reparación alemán.

daños y, como tal, es (y debe ser) una de las consecuencias jurídicas de cualquier conducta que origine un daño.<sup>137</sup> Una lectura entre líneas de esta causa de extinción de la acción penal permite percibir que el legislador salvadoreño viene a reconocer que el conflicto social que tales conductas han producido es susceptible de solución por un mero acuerdo privado entre sus protagonistas, renunciando expresamente a su persecución cuando medie el pacto.<sup>138</sup>

La pacificación del sentimiento jurídico de la comunidad se entiende satisfecha al margen de la actividad estatal y, de esta manera, se viene a reconocer implícitamente que en los delitos patrimoniales, el interés público se ve enteramente mediatizado y subordinado al interés privado de quienes hayan sufrido el daño, el cual, por otra parte, sería plenamente susceptible de tutela en el proceso penal en el momento en que quedase acreditada su existencia (vid. art. 115.2 CPn.).<sup>139</sup> Pero no debería perderse de vista que la reparación del daño debería ir más allá del mero abono del daño civilmente considerado, lo cual sería insuficiente contemplado desde la finalidad propia del proceso penal.

Es claro que el enjuiciamiento de las conductas con apariencia de delito constituye para la comunidad jurídica en su conjunto una forma de fortalecer la vigencia de la norma. Por ello, poner un impedimento radical a esa actividad, renunciando mediante la declaración de extinción de la acción penal, conllevará importantes efectos jurídicos y político-criminales que no deben ser olvidados. Quizá el más importante entre ellos sea la expresa renuncia a la finalidad preventiva, de ejemplaridad o pedagógica de la sanción que, en su caso y a la vista de lo alegado y probado, se pueda llegar a adoptar.

Ha de destacarse además que la reparación del daño tiene idénticas consecuencias en algunos casos previstos en el CPn. Así, en virtud del art. 263 CPn., en los casos de delitos contra la naturaleza y el medio ambiente, *si el*

---

137 ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación...*, op. cit. p. 23. Como ya destacara GÓMEZ ORBANEJA, las obligaciones nacen de los actos y omisiones ilícitos en que interviniera cualquier tipo de culpa o negligencia, lo cual, en el caso de la responsabilidad civil nos lleva a la conclusión de que ésta no nace del delito, sino del acto ilícito que lo constituye. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, op. cit., pp. 330 y ss.

138 No podemos dejar de recordar las palabras de KANT en el sentido de que *la justicia cesa de ser tal cuando se da por un precio*, KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, 1797, Parte II, secc. I, nota general.

139 La reparación del daño que se haya causado es una de las consecuencias civiles del delito que han de ser declaradas por sentencia. Se hará ésta *valorando por el juez o tribunal la entidad del daño causado, considerando el precio de la cosa y la afección del agraviado*.

*autor voluntaria y oportunamente reparare el daño ocasionado, no incurrirá en pena alguna.* La exclusión de la responsabilidad criminal en estos términos viene a equipararse con la extinción de la acción penal según estamos viendo.

Entrando ahora de lleno en el análisis del inciso 11º del art. 31 CPrPn, y pese a la parquedad en su regulación, son observables en el supuesto de extinción con que nos enfrentamos algunas limitaciones:

*b) Ámbito objetivo*

Sólo será de aplicación en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial. Puesto que no se establece limitación cuantitativa alguna, no se circunscribe a lo que pudiéramos considerar criminalidad de bagatela, sino que puede extenderse a cualquier delito referido a bienes jurídicos de naturaleza patrimonial por cuantiosa que sea la lesión o por numerosa que sea la cantidad de afectados.

La determinación de lo que haya de entenderse por “delito relativo al patrimonio o de contenido patrimonial” en el sentido del art. 31.11 CPrPn, no es enteramente cierta ni por ende segura. La duda surge por cuanto esta referencia no sólo cabe hacerla a los delitos contemplados en el Título VIII del CPn. (“De los delitos relativos al patrimonio”), aun cuando la *mens legislatoris* parece pensar en los clásicos supuestos de delitos patrimoniales de los arts. 207 y ss.: hurto, robo, extorsión, receptación, estafas, administración fraudulenta, usurpaciones, daños, etc. El precepto puede extenderse, sin embargo, a una pluralidad indeterminada de tipos penales, siempre que de ellos sea predicable un “contenido patrimonial”.

Puesto que en muchas ocasiones el daño causado podrá ser valorado o cuantificado económicamente, parece difícil encontrar el límite entre lo que puede considerarse patrimonial y lo que no cabe en ese término. Imaginemos una violación de una patente o un modelo de utilidad que haya generado un evidente perjuicio patrimonial para su titular pero cuya traducción en un monto dinerario sea difícil. La determinación en supuestos de este tipo de lo que sea una “reparación íntegra” pasará en demasiadas ocasiones por la valoración realizada por el perjudicado, con el riesgo que supone la realización de una *cognitio* judicial de mera convalidación al respecto. Si el órgano jurisdiccional entrara a realizar esa valoración, de naturaleza claramente civil, estaríamos confiriendo a los órganos penales unas competencias que vendrían a obligarles a extralimitarse en sus funciones.

Por otra parte no es claro que todos los tipos penales del citado Título VIII puedan quedar englobados en la causa de extinción de la acción penal por reparación del daño. De ello podemos encontrar multitud de ejemplos, pero

podríamos fijar la atención en este momento en los delitos relativos al patrimonio cultural del capítulo VI de este título. La conducta prevista en el art. 223 CPn (infracción de las medidas de registro, control, circulación y protección de bienes culturales) no parece pueda ser susceptible de reparación en ningún caso, a pesar de su inclusión entre los delitos patrimoniales. Pero si contemplamos el precepto siguiente (exportación e importación ilícita de bienes del patrimonio cultural), toparemos con supuestos donde la reparación del daño pueda llegar a ser poco menos que imposible.

Otra duda surge en relación con las faltas, pues el Capítulo III del Título II del Libro III (arts. 379 y ss.) lleva por encabezamiento el epígrafe “Faltas relativas al patrimonio”. La cuestión es si la reparación en tales supuestos podrá considerarse causa extintiva de la acción penal. La respuesta no puede ser más que afirmativa, pues parece claro que si esto ocurre con los delitos, también debe suceder con las faltas cuando en muchos de estos casos se trata del mismo ilícito y la única diferencia radica en que su objeto es cuantitativamente menor.

#### *c) Contenido de la reparación*

La ley nos habla de que deberá tratarse de una “reparación integral” del daño causado, pero no se especifica qué es lo que ha de entenderse por tal y si éste es algo más que la responsabilidad civil que en su caso pueda llegar a declararse o si incluye algún elemento más. El acento se hace recaer sobre un dato objetivo –la integridad de la reparación–, antes que sobre un aspecto subjetivo como pudiera ser la voluntad reparadora del sujeto responsable.

La primera cuestión al respecto será por tanto la de cómo se habrá de determinar la intensidad del daño al objeto de que su reparación pueda considerarse integral, lo cual, mucho nos tememos, sólo podrá hacerse por una apreciación subjetiva del ofendido: allí donde éste se entienda reparado en su integridad, podrá operar la causa extintiva. La duda lógica se suscita a continuación: ¿y si no existe un acuerdo sobre el carácter íntegro de la reparación? En estos casos parece necesario que sea mediante la intervención judicial prevista en el art. 320.8 CPrPn en relación con la audiencia preliminar como se venga a dar respuesta a la adecuación del acuerdo reparador ofrecido, así como a las medidas para hacer efectivo el acuerdo.

#### *d) Forma de la reparación*

La forma en que haya de realizarse la reparación integral del daño patrimonial no se contempla en el CPrPn, aspecto en el que parece guardar silencio, con la salvedad de la aprobación judicial de las medidas para hacerlo efectivo (art. 320.8 CPrPn). La ley parece pensar en que adoptará la forma de restitución

de lo sustraído o de una compensación pecuniaria, pero no dice que ésta sea la única entre las modalidades posibles.

El propósito resarcitorio buscado por el legislador podría satisfacerse de varias formas, cuya aplicación debería hacerse siguiendo el orden que citaremos a continuación y siempre con preferencia de las anteriores frente a las posteriores: 1º) el resarcimiento *in natura*, hasta restablecer el objeto del delito al estado anterior a éste; 2º) en caso de ser esto imposible la reparación podrá realizarse a través de la indemnización de la pérdida sufrida por la víctima (el llamado *pecunia doloris*); y 3) en defecto de los anteriores, la reparación tendrá que encontrar formas alternativas que puedan contribuir a los mismos fines de satisfacción del interés afectado por el delito (por ejemplo mediante el trabajo en favor de la comunidad si se trata de un bien jurídico colectivo o en favor de la víctima si éste es el caso).

Podemos plantearnos si serían válidos los acuerdos sobre una futura reparación o sobre un desarrollo escalonado de ésta. A nuestro juicio no habría inconveniente a tal respecto, pues entendemos que lo que debe haberse materializado “antes de la vista pública” no es la propia reparación material de los daños, sino el acuerdo entre la víctima (o la Fiscalía de la República) y el presunto autor. Entendemos por tanto que, previo acuerdo entre ambos, podrán alcanzarse otras modalidades reparadoras, tales como el trabajo no remunerado en favor del ofendido o el abono periódico de cantidades de dinero hasta completar el acuerdo al que ambos han llegado. El riesgo de estas modalidades compensatorias radicará en la posibilidad de que la reparación del daño pueda a la postre llegar a ser más gravosa para el autor que la asunción de la consecuencia sancionatoria prevista en la correspondiente figura delictiva y que se pretende evitar haciendo extinguirse la acción penal.

Será necesario también advertir la posibilidad de que la reparación puede que no se realice con carácter inmediato y que se traduzca en un compromiso a desarrollar en un lapso temporal. A estos efectos la única solución que prevé la ley en caso de incumplimiento serán las medidas judiciales que puedan llegar a adoptarse en virtud del art. 320.8 CPrPn, a diferencia de lo que ocurre cuando la acción penal se haya extinguido por conciliación (art.33 CPrPn), en que tal efecto va a operar de forma automática.

#### e) *Momento procesal*

En relación con el momento en que la reparación deba hacerse, éste permanece indeterminado pero ha de incluirse en todo el lapso temporal que comienza con la misma comisión del hecho delictivo y llega hasta el inmediatamente anterior a la apertura del juicio oral.

Pueden distinguirse así dos supuestos claramente diferenciados: el anterior a cualquier actividad procesal y el que se desarrolla una vez ésta haya sido iniciada. En consonancia con esta duplicidad, el carácter voluntario de la reparación del daño adquiere connotaciones diversas, pues si en el primer caso podremos percibir una voluntariedad en la conducta del presunto autor, en el segundo la presión a la que se ve sometido puede traducirse en un incentivo para canalizar sus esfuerzos hacia la reparación con el fin de impedir la pena que podría recaer sobre él, máxime si el imputado se ve sometido a alguna medida cautelar especialmente gravosa. Hablar de voluntariedad en estos supuestos, particularmente si ya hay una proposición por parte del juez para que se realice la reparación (art. 319.II CPrPn), es poco menos que un “brindis al sol”. Aun siendo conscientes de la espada de Damocles que pesa sobre sus cabezas (la no reparación implicará muy probablemente la condena) sólo aquellos que puedan hacer frente a la reparación utilizarán esta vía.

El recelo que tal modalidad extintiva nos produce, radica una vez más en la introducción de elementos consensuales en el proceso penal, generadores de desigualdad y, por ende, de incertidumbre jurídica en la respuesta estatal a los hechos que revisten apariencia delictiva. No cabe obviar que esta renuncia del Estado a la persecución puede menoscabar seriamente el efecto disuasorio de las normas penales, principalmente entre aquellos que se encuentren en situación ventajosa para llegar a un acuerdo resarcitorio con la víctima.

*f) Autorización de la víctima o la Fiscalía*

La asignación del efecto extintivo de la acción penal a la reparación integral del daño pasa por la autorización otorgada bien por la víctima o bien por la Fiscalía, dependiendo de la titularidad de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro.

Desde el punto de vista subjetivo no será siempre fácil delimitar quién es la víctima de un delito patrimonial. Así ocurrirá cuando se trate de una amplia pluralidad de sujetos afectados o cuando se susciten dudas en cuanto a la titularidad del bien de que se trate, por ejemplo por su indeterminación o por su difícil concreción. Imaginemos un delito societario o una estafa a los consumidores, ambos con naturaleza claramente patrimonial, en los que un acuerdo de este tipo requeriría el consenso de una pluralidad no siempre bien determinada de los sujetos pasivos. La única solución para solventar este problema sería la intervención del Fiscal General de la República, si bien el legislador parece estar pensando en que ésta se producirá sólo cuando se trate de delitos patrimoniales en los que el perjuicio se haya producido sobre bienes públicos.



*g) Sujeto obligado a la reparación*

Varias dificultades se suscitan en relación con el sujeto que debe realizar la reparación del daño, pues ésta no es siempre obligación directa del autor del delito, sino que puede derivarse con carácter subsidiario hacia otra persona.<sup>140</sup> Basta considerar los supuestos de aseguramiento del riesgo (art. 116. II CPn.), donde la hipotética responsabilidad queda desplazada voluntaria u obligatoriamente a la entidad aseguradora (delitos cometidos con ocasión de la utilización de vehículos de motor, daños provocados por la industria, etc.). Pero además cabe pensar en supuestos en que la responsabilidad civil y la penal no sean atribuibles a la misma persona, tal y como se deduce del art. 117 del CPn. al aludir a los números 3, 4 y 5 del art. 27 del mismo cuerpo legal (salvaguarda proporcionada de un bien jurídico ajeno, imposibilidad de comprender la ilicitud de la conducta o estado de necesidad). Entendemos que en todos estos casos será quien efectivamente debiera hacer frente a la responsabilidad civil quien deberá otorgar su consentimiento y realizar toda la actividad encaminada a la reparación.

Se presentarán además dudas en los supuestos de responsabilidad civil solidaria, a la que también alude el art. 118 CPn. En supuestos de codelincuencia no se deduce de forma clara en este precepto quién y de que forma ha de hacer frente a la reparación. Existiendo varios coimputados puede darse la circunstancia de un desacuerdo entre dos o más de ellos sobre el acogimiento de esta posibilidad legal. La duda surgirá cuando sólo alguno de ellos esté dispuesto a la reparación, pues difícilmente podrá repetir contra el resto, a no ser tras la prosecución de un proceso con el fin de obtener una resolución en la que se declare su culpabilidad. Sólo en presencia de un título judicial de esa naturaleza y sobre la base proporcionada por los arts. 118 y 124 CPn. podrá iniciarse una acción de repetición por la reparación hecha con carácter previo.

Podría pensarse en el establecimiento de cuotas de la responsabilidad en el sentido del 2º párrafo del art. 118 CPn., pero en este caso ya no estaríamos en un supuesto de reparación íntegra tal y como exige el precepto que comentamos. La única posibilidad de salvar la posible contradicción sería la de considerar que el término "íntegra" no es de carácter objetivo, sino que se determina en función del grado de contribución del imputado a la comisión delictiva. Pero no se puede desconocer que ello podría generar situaciones no deseadas si en un delito cometido por varias personas, una de ellas puede

---

140 Vid. arts. 116 y ss. CPn.

eludir el proceso penal mediante el abono de una cantidad que sólo parcialmente satisfará las legítimas pretensiones de resarcimiento de la víctima.

*h) Algunas reflexiones sobre la reparación*

Como conclusión de lo hasta aquí comentado convendría llamar la atención sobre los siguientes aspectos:

- Sostener que un acuerdo privado puede venir a satisfacer el interés público en la garantía de la paz social mediante el enjuiciamiento de las conductas con apariencia delictiva implica una renuncia que sólo sería admisible si llevara consigo mayores ventajas que perjuicios. No creemos que sea el caso, pues en estos casos bastaría con limitar el ejercicio de la acción civil cuando se hubiera producido tal acuerdo. Tratándose de un acuerdo privado, no hay reparo alguno en que en virtud del principio dispositivo aplicable al ejercicio de la acción civil en el proceso penal, pueda ésta satisfacerse en plenitud. Pero asignarle consecuencias en lo relativo a la persecución penal, entendemos que es ir más allá de lo necesario. A nuestro juicio no se hubiera debido renunciar a la posibilidad de ejercicio de la acción penal, sino que a la colaboración reparadora por parte del autor del ilícito, lo cual por otra parte no es más que una consecuencia lógica de su acción, hubiera bastado con asignarle algún tipo de atenuación en la dosimetría de la pena considerándola una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal<sup>141</sup> o, incluso, a conferirle consecuencias beneficiosas para el reo en el momento de la ejecución de la pena impuesta, particularmente si ésta es privativa de libertad.
- No son descartables en absoluto posibles consecuencias perniciosas de esta modalidad extintiva, tales como las presiones por parte del imputado para que la víctima se someta a un acuerdo. Podrán ser más o menos intensas, más o menos veladas o más o menos eficaces, pero sin ningún género de dudas se da pábulo a su existencia. Contemplando este riesgo desde el lado inverso, también se hacen factibles los acuerdos tendientes a evitar la publicidad allí donde ésta pueda ser perjudicial para la víctima, al desvelar por ejemplo la debilidad de su seguridad incapaz de hacer frente a determinados tipos de delitos.

---

141 Vid. por ejemplo el art. 21 del Código Penal español de 1995: *Son circunstancias atenuantes:... 5º) La de haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral...*

- Acaso otro lugar idóneo para otorgar un papel a la reparación como mecanismo extintivo de la acción penal y, en definitiva puesto que es lo que se pretende, de la responsabilidad criminal hubiera sido el de manifestación del principio de oportunidad.

Ciertamente en muchos de estos casos, las modalidades delictivas en las que cabe la reparación como causa extintiva de la acción penal se ven cubiertas por su carácter de delitos perseguibles previa instancia particular a tenor del art. 26 CPrPn (hurto de uso, daños, etc.).<sup>142</sup> La profundización de esta vía hubiera sido un camino más adecuado, en tanto si el legislador hubiera asimilado a ilícitos penales algunas de las conductas objetivas que caben en este precepto, el papel del sistema penal en su conjunto no hubiera sido debilitado en la medida en que ha resultado de esta manera.

Y ello sin que sea descartable que, en la práctica, sin un reconocimiento explícito, pero sustentándolo sobre las mismas bases, la renuncia estatal en la persecución se traduce en una descriminalización de tales conductas. No sería descabellado que, si la paz jurídica se entiende satisfecha mediante la exclusiva reparación, pueda llegar a optarse con claridad en determinados delitos patrimoniales por su directa despenalización encauzando hacia el proceso civil aquellas demandas de tutela de legítimos derechos en donde no se halle en juego el interés público.

## **12. Perdón de la víctima cuando esté expresamente autorizado**

A esta causa de extinción alude el inciso 12º del art. 31 CPrPn, precepto que ha de ser contemplado junto con el art. 405 del mismo cuerpo normativo y el art. 107 CPn.

El perdón de la víctima se inserta en una concepción de base privatista del proceso penal que encontró su punto álgido en momentos menos evolucionados de su historia. En la actualidad, en consonancia con circunstancias de polí-

---

142 Supuestos de este tipo son perceptibles en la actualidad en materia de criminalidad informática con el resultado de daños por destrucción de datos o incluso de sistemas. La víctima de los daños (grandes empresas, centros de investigación, etc.) en muchas ocasiones pretenderá ocultar la existencia de esos daños, netamente patrimoniales en cuanto susceptibles de cuantificación económica, con el fin de no poner en tela de juicio la seguridad de su equipamiento o su buen nombre dentro del mercado.

tica criminal, sólo podrá operar como causa de extinción de la acción penal cuando haya una autorización expresa en la propia norma procesal o penal sustantiva. El perdón no extingue la acción penal directamente por la voluntad de la víctima, sino porque el Estado, titular tanto del *ius puniendi* como del *ius persequendi*, le confiere a través de la correspondiente norma un valor extintivo.

Su operatividad es sólo comprensible en atención a las características de los tipos penales en que aquel puede desplegar su vigencia, pues se tratará en todo caso de supuestos de los que es predicable una especial disponibilidad de los bienes jurídicos protegidos por parte de su titular, cuya voluntad se hace prevalecer legalmente frente al interés público derivado del enjuiciamiento de las conductas con apariencia delictiva. En el CPrPn sólo encontramos una declaración expresa acerca de la operatividad del perdón: la referida en el art. 405 en relación con los delitos perseguibles mediante acción privada, englobándola en el mismo precepto que la retractación en los delitos contra el honor.

El perdón, desde este punto de vista, no vendrá a extinguir la pena, pero sí repercute sobre ella, en tanto podrá impedir de todo punto la persecución por la voluntad expresa del ofendido por el delito. No obstante, y aun cuando no sea el lugar para abordarlo en detalle, el perdón podrá operar también como causa de extinción de la responsabilidad criminal,<sup>143</sup> pues a tenor del art. 107 CPn. *el perdón del ofendido extinguirá la responsabilidad penal en los delitos de acción privada o de acción pública previa instancia particular, y operará en los casos determinados por la ley.* Con ello se amplía la capacidad del perdón para producir efectos también en el proceso penal, pero en este caso sólo sobre el contenido de la resolución que en su día y en su caso lo venga a cerrar definitivamente. No cabe olvidar que la revocación de la instancia de particular en los delitos perseguibles mediante ella tendrá también como efecto la extinción de la acción penal, con lo que estaríamos tácitamente ante un perdón.

Pocos aspectos podemos encontrar recogidos en el CPrPn sobre el procedimiento para otorgar el perdón:

— *Sujetos legitimados*

En cuanto a las personas legitimadas, el perdón deberá ser otorgado lógicamente por la víctima, bien por sí mismo o bien a través de la persona que le represente procesalmente en virtud de un déficit en su capacidad procesal. Es admisible también el perdón por parte de los herederos en el supuesto de que

---

143 Al respecto, si bien centrado en la regulación española, vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., en GRACIA MARTÍN, L., et. al., *Lecciones.*, op. Cit., pp. 281 y ss.

sean éstos los que prosigan el ejercicio de una acción privada por fallecimiento de la víctima. La iniciativa para otorgar el perdón debe partir del ofendido, sin que sea admisible que ésta venga inducida por una actividad judicial.

Es evidente que el principal riesgo de la eficacia extintiva del perdón es la susceptibilidad de su instrumentación, que puede llegar a provocar transacciones en torno al objeto del proceso penal en el mejor de los casos, sin que sea descartable la posibilidad de que sea utilizado como arma de presión o coacción, difícil de atajar a no ser que constituya en sí misma un nuevo delito.

— *Momento procesal*

El art. 405 CPrPn, en cuanto al momento de su otorgamiento, se refiere únicamente a que se haga *durante el procedimiento y hasta antes de la vista pública*, lo cual nos habla ya de una iniciación del proceso, previa la interposición de denuncia o querrela. En este caso el órgano jurisdiccional vendrá obligado a dictar una resolución de sobreseimiento de la causa.

— *Forma*

Entendemos que el perdón debe ser expreso, sin que quepa conferirlo de forma tácita o presunta, puesto que deberá plasmarse en una declaración del ofendido (o su representante) que no deje lugar a dudas sobre su voluntad de clemencia manifestada libremente.

### **13. Sobreseimiento provisional sin reapertura de la investigación dentro del plazo de un año**

Opera a través del nº 13 del art. 31 CPrPn una suerte de extinción de la acción penal por caducidad cuya razón de ser radica en el no sometimiento de un imputado con carácter indefinido a la pendencia de una causa contra él. El sobreseimiento provisional, dictado por insuficiencia de elementos de convicción para fundar la acusación en un primer momento, pero con posibilidad real de hallar algún otro (art. 309 CPrPn), es susceptible de ser alzado si surgen nuevos elementos de prueba sobre la participación (art. 310 CPrPn). Pero a esta posibilidad se le asigna una limitación temporal, pues transcurrido el plazo razonable de un año no parecería lógico mantener al imputado pendiente de una causa cuyo devenir se antoja incierto, haciendo de él una especie de “liberto” o “siervo de la curia”.<sup>144</sup>

---

144 En estos términos aludía el insigne ALONSO MARTÍNEZ en la exposición de motivos de la LECrim española a la situación de un ciudadano que veía como su causa terminaba con una absolución en la instancia.

Nos encontramos ante un dato objetivo, que no puede hacerse depender de las razones por las que se ha producido, sino que atiende al reconocimiento de la insuficiencia de elementos con los que dar una respuesta estatal a la comisión delictiva. De esta forma, la no reapertura de la investigación, sea por deficiencias en la actuación de los operadores jurídicos, sea por razón de no haber hallado nuevos elementos de cargo, darán fundamento a la extinción de la acción penal ejercitada contra un sujeto.

Con ello no se impide absolutamente la persecución del delito, puesto que en tanto no opere la prescripción sobre el delito o sobre la pena, cabe la posibilidad de iniciar un nuevo proceso penal para ventilar las posibles responsabilidades que en su caso se deriven del ilícito cometido. En este caso se requerirá la formación de una nueva causa.

#### **14. Aplicación de un criterio de oportunidad**

La relevancia de esta causa de extinción de la acción penal, contemplada en el inciso 6º del art. 31 y específicamente en los arts. 20 a 25 CPrPn, la convierte en acreedora de un trabajo específico, que, por estar siendo acometido en la actualidad, será objeto de una próxima publicación a la que ahora nos debemos remitir. ❖

# Presencia del garantismo en el anteproyecto de Código Procesal Penal Panameño de 1997

Carlos Enrique Muñoz Pope

Catedrático de la Universidad de Panamá  
Presidente de la Comisión Redactora del  
Anteproyecto de Código Procesal Penal

## I. Introducción

En los últimos años asistimos con regocijo al reconocimiento del modelo garantista como uno de las bases fundamentales del Estado de Derecho, toda vez que se reconoce, sin duda alguna, que atravesamos “por una crisis profunda y creciente del derecho”, para usar las dramáticas palabras de Ferrajoli<sup>1</sup> sobre el particular.

El proceso penal garantista supone la existencia de normas procesales que no sólo tienen vigencia por cuanto existen dentro de un determinado contexto jurídico sino que además, por cierto, requiere de la validez del mismo en atención no sólo a la forma sino a la sustancia que las mismas expresan en atención a los fines “a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho”.<sup>2</sup> En nuestro medio es lamentable, sin embargo, que los jueces y agentes del Ministerio Público que intervienen en el proceso penal no hayan entendido la misión garantista del proceso penal moderno, pues parece que se ofende al funcionario que se tilda de garantista, pues se asume que es un funcionario que concede muchos derechos del supuesto delincuente, que al decir de algunos ya tiene demasiados derechos en el proceso penal vigente en el Código Judicial que nos rige desde 1987.

---

1 Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, 1999, Pág. 15.

2 FERRAJOLI, *Derechos y garantías* cit., Pág. 22.

La cuestión, no obstante, es que todos los que intervienen como funcionarios públicos en el proceso penal tienen la obligación de actuar en forma garantista, pues sólo cuando se ha desarrollado el proceso penal con plenas garantías en favor del procesado se puede declarar al mismo, si hay prueba para ello, como responsable de la infracción penal que se le imputó a lo largo del proceso, pues de lo contrario la condena proferida en su contra es una decisión injusta producida en desconocimiento del principio fundamental de la verdad formal, única verdad que nos está permitida perseguir en el curso del proceso penal de nuestros días.

## **II. Crisis del modelo procesal vigente**

El modelo procesal penal vigente en nuestro medio se halla en franca crisis, a pesar de la reciente vigencia del Código Judicial, que data del 1 de abril de 1987.

A pesar de la relativa juventud del texto procesal de nuestro país, las concepciones sustanciales que lo sustentan se hallan francamente superadas desde mucho tiempo atrás, lo que nos permite afirmar la imperiosa necesidad de adecuar nuestras estructuras procesales penales a la realidad que nos toca vivir en la actualidad.

En el sistema procesal penal vigente, la conducción del proceso penal está, al menos en la teoría, en manos del juzgador, sea un tribunal unipersonal o pluripersonal, pero en realidad tal dirección está en manos del agente del Ministerio Público que dirige el proceso desde el inicio de la investigación preliminar que adelanta la Policía Técnica Judicial y durante la investigación preparatoria o sumario que lleva a cabo el propio Ministerio Público.

Aunque es el juzgador durante el juicio oral quien dirige la orquesta, abre la causa a pruebas, decide que pruebas se practican en la vista oral de la causa y dicta sentencia para concluir la primera instancia, su posición en el juicio oral carece de mayor trascendencia frente a los resultados del proceso, pues el peso de la actividad del Ministerio Público es casi seguro que haya condicionado la sentencia que dicho juzgador deba proferir.

En efecto, durante la investigación preliminar a cargo de la Policía Técnica Judicial y la investigación preparatoria del Ministerio Público, en nuestro medio llamada "sumario", el agente del Ministerio Público, sea Personero, Fiscal o Procurador, ha incorporado o acopiado numerosa información que luego sustenta el enjuiciamiento y condena del imputado sin necesidad de practicar pruebas en la vista oral de la causa, sea que el mismo esté presente en el



juicio oral o haya sido declarado reo ausente, en cuyo caso el juicio oral se celebra sin su conocimiento o, al menos, participación activa.

Por otra parte, en virtud de la famosa competencia genérica que tienen en nuestro medio todos los agentes del Ministerio Público, es muy posible que se lleven a cabo diligencias y otras actuaciones judiciales por funcionarios que carecen de competencia para la misma o que las llevan a cabo en forma irregular, pero que luego son convalidadas por el tribunal de la causa, que no se atreve a revocar una actuación de un funcionario de instrucción de mayor jerarquía que la atribuía al juzgador de primera instancia.

Cuatro cuestiones fundamentales presenta este tipo o modelo procesal: a) la actuación del Ministerio Público en el sumario no requiere de la aprobación previa del Órgano Judicial para la adopción de medidas que supongan limitar o afectar derechos fundamentales de la persona; b) la prueba recabada en la instrucción sirve tanto para fundar la acusación del imputado como para decretar su condena, sin mayores elementos de juicio o sin necesidad de reproducir tales elementos probatorios ante el juzgador en la vista oral de la causa, lo que equivale a permitir la condena del imputado sin la intervención del juzgador que no controla la validez formal o sustancial de los medios de prueba que le presenta el Ministerio Público, sean creados por él o por la propia Policía Técnica Judicial; c) puede haber juicio oral sin la presencia del imputado, lo que implica dos situaciones inaceptables y un proceso penal desarrollado en franco desconocimiento de los derechos de intermediación, contradicción y de defensa; y, d) cualquier funcionario del Ministerio Público tiene capacidad legal para adoptar decisiones en el curso del sumario, aunque carezca de competencia para intervenir en dicha causa.

Las consecuencias procesales de tipo negativas son, sin duda alguna, enormes como veremos a continuación, pues no hay control judicial de la instrucción sumarial, el juicio oral de la causa se convierte en un mero trámite procesal, donde la culpabilidad del sujeto fue comprobada por la Policía o el Ministerio Público sin la intervención del juzgador, que deberá siempre confiar en la legalidad de la actuación de los otros servidores públicos del sistema; no se necesita la presencia del imputado en su propio juicio, por lo que se sanciona la no comparecencia de éste con una fácil condena en favor de la pretensión del agente del Ministerio Público y nunca se cuestionan las actuaciones del Procurador o Fiscales con competencia en todo el territorio nacional por jueces que sólo tienen competencia en un Distrito Municipal o en la esfera circuital (la Provincia o en parte de la misma).

Por último, en el plano formal las constantes reformas introducidas al proceso penal en los últimos años de forma aislada han convertido dicha normativa

en una compilación legislativa incoherente en sí misma, con modificaciones textuales en unas materias que son contradictorias con normas no reformadas o de aplicación especial para ciertas materias. Ello impone, por tanto, suspender la “hemorragia” reformadora y adoptar una nueva codificación, sea o no partiendo del texto redactado en 1997.

### **III. El modelo garantista del Anteproyecto de Código Procesal Penal de 1997**

#### **1. Planteamiento**

La consagración del modelo garantista en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 1997 se observa en la regulación de algunas instituciones o de la forma como se conciben las funciones de las autoridades que intervienen en el propio proceso penal.

En efecto, un detenido estudio del articulado del Anteproyecto en mención pone de manifiesto la posición garantista del texto al estudiar los siguientes aspectos: a) la adopción de un modelo más acusatorio que inquisitivo; b) la consagración de la posición del agente del Ministerio Público (sean Personeros Municipales, Fiscales o Procuradores) como verdaderos acusadores públicos y no funcionarios (jueces) de instrucción; c) una posición imparcial para el juzgador, a lo largo de todo el proceso; d) la prohibición de juicios orales con reo en ausencia; e) la igualdad procesal de las partes acusadoras y acusadas durante la etapa del juicio oral; f) el respeto de la libertad personal del imputado o procesado durante la instrucción de la causa o durante el juicio oral; g) necesidad de probar los cargos por el Ministerio Público durante el juicio oral; y, h) imposibilidad de fundar la condena del procesado con sólo la prueba que sirvió de base para fundar la acusación, por lo que en la etapa de juicio el Ministerio Público deberá probar la veracidad de sus cargos.

Sobre cada uno de estos aspectos, nos ocuparemos brevemente a continuación en el transcurso de esta exposición.

#### **2. Postulados garantistas del modelo procesal del Anteproyecto de 1997**

- a) *Adopción de un modelo más acusatorio que inquisitivo.* La principal característica del nuevo proceso penal es el abandono del modelo de corte

inquisitivo por un modelo procesal de tipo más o menos acusatorio o adversarial, como también se le conoce modernamente.

De esta forma se busca evitar la concentración de poderes o facultades en un mismo sujeto, pues se establecen claramente las distintas funciones de los sujetos del proceso y se impide que las funciones no desarrolladas por una sea suplida por otra.

Con la adopción de este nuevo modelo procesal penal el juez penal tiene una serie de funciones que no pueden ser ejercidas por otro funcionario, por lo que en forma semejante nos encontraremos con un Ministerio Público que no debe asumir funciones jurisdiccionales sino las de un acusador público ante un juzgador que sólo debe decidir.

- b) *La nueva posición del Ministerio Público en el proceso penal.* En el nuevo proceso penal, la posición del Ministerio Público cambia de forma radical respecto del proceso penal consagrado en el Código Judicial vigente desde 1987.

De esta forma, el Ministerio Público dejará de ser funcionario o juez de instrucción de la causa durante la etapa preparatoria para convertirse en mero acusador público del imputado ante el juzgador, quien no tiene que formular los cargos sino acoger solamente la acusación formulada por el Ministerio Público.

Ya no será necesaria la instrucción de la causa por meses o años, pues basta que exista un mínimo de prueba para que se eleve la causa a juicio oral y en el mismo se decida la culpabilidad del sujeto, quien todavía se considera inocente de los cargos, pues todavía no existe sentencia condenatoria en su contra.

En la nueva etapa preliminar del proceso no es necesario contar con la plena prueba de la culpabilidad del sujeto, pues ello deberá comprobarse en el juicio oral de la causa, lo que significará un cambio en la concepción del sumario o etapa preparatoria, pues en la misma ya no se decide de antemano la responsabilidad del sujeto.

- c) *La posición imparcial de juzgador.* Otra de las principales características del nuevo modelo procesal es la posición objetiva e imparcial del juzgador, que no tiene que calificar la correspondencia entre los cargos formulados por el Ministerio Público contra el imputado y las constancias procesales que sirven de sustento a tales cargos.

Ahora no es el juzgador quien formula los cargos contra el imputado ni dicta el enjuiciamiento contra el mismo, pues ahora basta y sobra que el

juzgador admita la acusación del Ministerio Público para que la causa sea elevada a otro juzgador, quien dirigirá todo el juicio oral.

La existencia de un juez para que admita la acusación, el denominado juez de la etapa intermedia, frente a otro que dirige el debate o vista oral de la causa garantiza la imparcialidad del juzgador de primera instancia, que de esta forma no está contaminado o prejuzgado con su propia decisión de enjuiciar al imputado, sobre todo cuando ya no tiene posibilidad de modificar los cargos formulados por el Ministerio Público.

De esta forma se consagra una eficaz división del trabajo durante el proceso penal, pues quien acusa no profiere la sentencia condenatoria y el juez carece de facultades para suplir la ineficiencia probatoria del Ministerio Público, como veremos posteriormente.

- e) *Prohibición de juicio oral con reo ausente.* La redacción del nuevo Anteproyecto de Código Procesal Penal corrige un error producto de la invasión norteamericana de diciembre de 1989, cuando las reformas al Código Judicial en 1991 introdujeron los juicios con reo ausente.

Ya la versión original del Código, de 1 de abril de 1987, había prohibido tales juicios con reo ausente, pero ante el manifiesto interés político de los nuevos gobernantes de perseguir penalmente a los desplazados del poder que se habían ausentado del territorio nacional a partir de diciembre de 1989 y que no afrontaban los cargos que los integrantes del Ministerio Público y del Órgano Judicial de la incipiente democracia que teníamos en ese momento, se reformó el ordenamiento procesal penal para permitir tales juicios, lo que sin duda fue un enorme retroceso en las instituciones procesales penales, que ahora será corregido por el Anteproyecto que nos ocupa o, a propuesta nuestra, en el reciente Proyecto que el Órgano Ejecutivo llevó a la Asamblea Legislativa en días pasados.

- f) *Igualdad procesal de las partes durante el juicio oral.* El texto del Anteproyecto de 1997 potencia la igualdad procesal de las partes acusadoras y partes acusadas durante la fase de juicio oral de la causa, pues se eliminan los diversos privilegios que la legislación actual consagra en favor del Ministerio Público.

En efecto, en materia de notificaciones durante el curso de la fase del plenario actual el juzgador debe notificar personalmente de toda resolución que dicte en el proceso al Ministerio Público mientras que al procesado y su defensa sólo se le notifican personalmente el auto de enjuiciamiento, si es que no estuvo presente en la Audiencia Preliminar, la resolución que niega pruebas aducidas para ser practicadas en el juicio oral,

la providencia que señala el día para la celebración de la vista oral de la causa y la sentencia de primera instancia (Cfr: arts. 2301 y 2302 del Código Judicial).

Tal discriminación en la forma de efectuar notificaciones en la etapa plenaria constituye un privilegio hoy día inaceptable en favor de Ministerio Público frente al imputado, que debe enterarse por edicto de toda decisión del Tribunal salvo los casos de notificaciones personales que son realmente excepcionales.

En la práctica la reforma propuesta por el Anteproyecto va más allá que la simple notificación de una resolución, pues a la hora de sustentar recursos contra tales decisiones el Ministerio Público no tendrá el expediente en su poder con toda la carga de beneficios que ello conlleva respecto del imputado y su defensa que no tienen ese hecho a su favor. Estos sustentan sus recursos sin tener el expediente en su poder, salvo que se trate de la formalización de la casación penal que tiene un régimen distinto como sabemos.

- g) *Respeto a la libertad personal del imputado o procesado durante el proceso.* El modelo inicial sobre proceso penal contenido en el Código Judicial, vigente desde 1987, hacía obligatoria la imposición de la detención preventiva cuando se trataba de procesos por delitos que tenían prevista la pena de privación de libertad, lo que suponía que por todo delito sancionado con pena de prisión debía detenerse preventivamente al imputado durante la investigación y luego durante la etapa de juicio, a menos que el sujeto consignase fianza de excarcelación para recuperar su libertad durante el proceso o para que la misma no se decretase durante el mismo.

Reformas posteriores han limitado la detención preventiva a los delitos que tienen pena de prisión de al menos dos o más años, lo que significa que no siempre hay un detenido por proceso, aunque hoy día hay casi nueve mil sujetos procesados en espera de juicio en nuestros Centros Penitenciarios y el país todavía no tiene tres millones de habitantes.

Las principales propuestas del Anteproyecto de 1997 radican en exigir para la imposición de la detención preventiva que estemos en presencia de delitos que tengan, al menos pena de prisión de cuatro o más años, y que no haya delito a que se le niegue el derecho de excarcelación bajo fianza.

A mi juicio esta es una de las dos o tres principales innovaciones del Anteproyecto de Código Procesal elaborado por la Comisión que me tocó el honor de presidir durante el período diciembre 1996-diciembre 1997 y que dio por resultado el texto ahora bajo estudio.

Por otra parte, en relación con esta materia es importante señalar que la versión original del Anteproyecto limita las facultades del Ministerio Público en el sumario para decretar la detención preventiva, pues dicho funcionario sólo tiene facultad para detener por unos pocos días y corresponderá al juez de la etapa intermedia o juez de garantías autorizar la detención preventiva por un período mayor al indicado.

- h) *La carga de la prueba en el proceso penal le corresponde al Ministerio Público.* Este postulado que parece innecesario adquiere enorme importancia en un sistema o modelo procesal de corte acusatorio, pues el tribunal de la causa no puede suplir las deficiencias probatorias del Ministerio Público en el curso del proceso penal respectivo.

Si el Ministerio Público no prueba su acusación el juzgador carecerá de facultades oficiosas para producir por su propia cuenta la prueba que le permita dictar sentencia condenatoria contra el procesado.

La necesaria imparcialidad del juzgador penal quedará garantizada con la eliminación de las pruebas de oficio en el curso del proceso penal, pues en estos casos procede la máxima *in dubio pro reo*, ya que ante la falta de pruebas que justifiquen la condena del procesado deberá absolverse al mismo.

- i) *La prueba que funde la sentencia condenatoria debe producirse en el juicio oral, de modo que el procesado pueda contradecirla frente al juzgador.* Finalmente, es importante destacar que en el Anteproyecto de 1997 toda la prueba que sirva para fundar la condena del procesado debe producirse durante el curso del juicio o vista oral de la causa, de forma que el juzgador tenga elementos de juicio racionales de la justificación de su condena, que no se base en pruebas no producidas en su presencia.

Salvo los casos excepcionales de pruebas anticipadas, toda la prueba para la condena del procesado se debe producir en el juicio o vista oral de la causa, siendo inaceptable que un juzgador que no presidió el debate oral pueda, con posterioridad, leyendo el expediente dictar la sentencia de primera instancia.

Deben quedar superados así los actuales momentos en que un juez suplente se concentra en la lectura de uno o más tomos de un expediente y luego, por arte de magia, produce una sentencia condenatoria que por la simple lectura del expediente no se transmite la convicción que debe surgir de presidir la causa y estar presente en el interrogatorio de testigos y peritos, cuestión de esencial trascendencia para adquirir el convencimiento necesario para proferir la sentencia condenatoria respectiva.

#### **IV. Consideraciones finales**

El modelo procesal contenido en el Anteproyecto de 1997 responde, sin duda alguna, a las modernas orientaciones procesales penales de nuestros días, lo que supone la superación del viejo modelo inquisitivo que tuvo su máxima expresión en el proceso penal canónico.

La experiencia panameña, sin embargo, nos enseña que los funcionarios que forman parte del sistema de administración de justicia penal, sean del Órgano Judicial o del Ministerio Público, se resisten al cambio, pues no quieren perder su enorme protagonismo en el proceso penal que hoy día nos rige.

La defensa de los derechos fundamentales del procesado irá imponiendo, tarde o temprano la propuesta contenida en el referido Anteproyecto, pues no nos cabe duda alguna que nunca atraeremos inversiones extranjeras ni seremos respetuosos de tales derechos fundamentales con el sistema procesal penal vigente, que está diseñado para encarcelar al inocente durante la investigación y subsecuente proceso que no se le niega a nadie en nuestro país, salvo que se trate de poderosos sujetos a los que nunca alcanza el brazo de la justicia, pues para ellos la justicia que existe es la que nunca les exige responsabilidad por sus actos. ❖





# **El detenido y sus derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aplicaciones al Derecho procesal nicaragüense**

Montserrat de Hoyos Sancho.

Profesora Titular de Derecho Procesal.

Universidad de Valladolid, España

## **I. Introducción<sup>1 2</sup>**

Nicaragua se encuentra, como gran parte de los países de su entorno jurídico-cultural,<sup>3</sup> viviendo las consecuencias de cambios legislativos trascendentes. Simultáneamente se padece también en estos Estados un crecimiento expo-

---

1 En la elaboración de este trabajo de investigación ha resultado decisiva mi estancia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Desde aquí agradezco públicamente, especialmente a los integrantes del Departamento de Derecho Procesal, la excepcional acogida que me dispensaron. Igualmente he de mostrar mi reconocimiento al Prof. Cuarezma Terán, por su ayuda incluso en la distancia y por posibilitar mi acercamiento al estudio del Derecho procesal nicaragüense.

2 Abreviaturas:

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo.

CEDH: Convenio Europeo de Derecho Humanos. Roma, 1950.

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal española, 1882.

CE: Constitución española, 1978.

CN: Constitución política de la República de Nicaragua, 9-1-87, con las reformas de 2000.

CNA: Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley 287/1998, de 12 de mayo, Nicaragua.

CIC: Código de Instrucción Criminal nicaragüense, de 29 de marzo de 1879.

nencial de la tasa de delincuencia y de inseguridad ciudadana en general, la cual, a falta de soluciones imaginativas,<sup>4</sup> se pretende atajar con una hiperactividad legislativa que conlleve el deseado incremento de las normas y facultades represivas, coercitivas o punitivas en todos los órdenes. Como es bien sabido por habitual, ante tales circunstancias dichos remedios rozarán o sobrepasarán en algunos casos, más o menos sutilmente, los límites de lo que debe ser admisible en un Estado de Derecho de este siglo que comienza.

En este marco de reformas trascendentes quizás resulte pertinente por clarificador, por constituir lo que podemos calificar de “standard mínimo” aplicable, conocer la jurisprudencia del TEDH en torno a uno de los derechos y libertades fundamentales de la persona: el derecho a la libertad ambulatoria.

En el año 2000 se celebraron los 50 años de vigencia del *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* –Roma, 4 noviembre 1950–,<sup>5</sup> dando comienzo sin duda a lo que hoy calificamos de *Europa unida*; después vendrían las armonizaciones económicas, la llamada *Europa de los mercaderes*. Simultáneamente, y a medida que progresaba el nivel de cohesión económica, los *mercaderes* ampliaban sus miras y alzaban sus voces exponiendo la necesidad de una Carta de Derechos Fundamentales para los ciudadanos de la Unión.<sup>6</sup> De hecho, tras la Cumbre de Tampere de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en octubre de 1999, se

---

CPP: Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, Diario Oficial de 21-12-2001.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

- 3 Buena muestra de ello son los informes nacionales y el resumen comparativo recogidos en la obra *Las reformas procesales penales en América Latina*, coordinados por J.B.J. Maier, K. Ambos y J. Woischnik, Buenos Aires, 2000. CUAREZMA TERÁN, S., realiza una interesante y clarificadora síntesis de la evolución que ha sufrido el proceso penal en Nicaragua desde su independencia en la obra *Código de Instrucción Criminal. Comentado, concordado y actualizado*, con PEDRAZ PENALVA, E., Managua, 2001, pp. 329 y ss.
- 4 Vid. la crítica más ampliamente en la Introducción que E. Struensee y J.B.J. Maier hacen a la obra citada en la nota anterior, esp. pp. 28 y ss.
- 5 Ratificado por España en 1979 y publicado oficialmente el día 10 de octubre del mismo año.
- 6 Acerca de la actual comprensión de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, vid. destacadamente, PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, 1999; CHUECA SANCHO, A., *Los derechos*

creó una Comisión que recibió el encargo de preparar un proyecto de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; ésta fue finalmente proclamada en Niza –28.9.2000– de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia.<sup>7</sup> Si bien los Jefes de Estado y de Gobierno acordaron no dar a la Carta valor jurídico vinculante, la trascendencia de su elaboración es incuestionable, pues se trata de una “máquina completamente acabada, que sólo espera ser puesta en marcha para desplegar toda su potencia”.<sup>8</sup> El Consejo ha dejado pendiente hasta el año 2004 su posible integración en el Tratado de la Unión.

Así pues, tanto al inicio del proceso de conformación de la Unión Europea como en su desarrollo, los derechos humanos han ocupado, o se ha pretendido que ocupen, no sólo solemne, sino también eficazmente, la posición preeminente que les corresponde.

En tal misión ha jugado un papel decisivo la jurisprudencia del TEDH que, en lo que ahora nos afecta, claramente pretende armonizar en la medida de lo posible los procesos penales de los Estados firmantes; la emanada en aplicación del art. 5 CEDH, concretamente la referida a los supuestos de detención admisibles y a las garantías del privado de libertad, conformarán el objeto de este trabajo. Simultáneamente trataremos de hacer un ejercicio de derecho comparado introduciendo valoraciones y referencias al derecho nicaragüense vigente en relación con cada punto analizado.

Por lo que al ordenamiento español respecta, hay que destacar que este instrumento internacional que es el CEDH, desde el momento en que forma parte del derecho aplicable, tiene por finalidad proporcionar mayor efectividad a los derechos que en él se reconocen; en lo que ahora nos ocupa, a la libertad personal y a las garantías del detenido.<sup>9</sup> El art. 96.1 CE establece que los tratados y convenios internacionales válidamente celebrados forman

---

*fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999, y la original exposición de MATIA PORTILLA, J., en “Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *50 años de la Unión Europea*, Valladolid, 2001, pp. 43 y ss.

- 7 Así, en el art. 6 del Capítulo II, dedicado a las libertades, se puede leer: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.
- 8 En palabras de DIEZ-PICAZO, L.M<sup>a</sup>, “Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Tribunales de Justicia*, mayo, 2001, pp. 21 y ss.
- 9 FREIXES SANJUAN / REMOTTI, *El derecho a la libertad personal*, Barcelona, 1993, esp. p. 235.

parte del ordenamiento interno a partir de su publicación,<sup>10</sup> por lo que el CEDH es una norma jurídica de validez interna, alegable ante los poderes públicos, en consecuencia exigible y obligados a su conocimiento y aplicación.

Por otro lado, el art. 10.2 del texto constitucional español dispone que las normas referidas a los derechos fundamentales deberán ser interpretadas conforme a los tratados y acuerdos que, sobre derechos y libertades reconocidos por la Constitución, hayan sido ratificados por España; especial trascendencia deberá otorgarse a los tratados que incorporen órganos de garantía jurisdiccional sobre los derechos en ellos contenidos, lo que como es sabido sucede con el Convenio de Roma de 1950 y el TEDH.

Ahora bien, antes de extraer conclusión alguna del análisis de las sentencias dictadas en aplicación del art. 5 CEDH, resulta imprescindible poner de relieve desde un primer momento que el Convenio es una suerte de “acuerdo de mínimos”<sup>11</sup> que deben respetar y garantizar todos los Estados firmantes, entre los que existe gran heterogeneidad.

En consecuencia, importa destacar que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH no podrán en ningún caso servir como coartada para restringir, en medida alguna, los derechos y libertades de que ya gozan nuestros conciudadanos en virtud de lo establecido en las normas<sup>12</sup> y jurisprudencia nacional o internacional de aplicación en el Estado español.<sup>13</sup>

---

10 Vid. expresamente la STC 245/91, de 16 de diciembre, dictada como consecuencia del llamado “Caso Bultó” y la STEDH, Caso BARBERA, MESSEGUÉ Y JABARDO, de 6-12-88.

11 Aclara la doctrina que la eficacia del Convenio se debe precisamente a la amplitud de sus pronunciamientos, lo que hará posible alcanzar un *standard* mínimo de protección en el contexto europeo. Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, E., (coord.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del TEDH*, 2ª ed., Madrid, 1983, esp. p. 180, y LIÑAN NOGUERAS, D., *El detenido en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Granada, 1980, pp. 107 y ss.

12 Hay que advertir que España se reservó en el Instrumento de ratificación del Convenio la aplicación de los arts. 5 y 6 del mismo en cuanto no sean compatibles con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas o las medidas de suspensión de derechos y libertades recogidas en los arts. 55 y 116 del texto constitucional acerca de los “estados excepcionales”.

13 Vid. el tenor del art. 53 CEDH: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cual-

Por otro lado, parece también pertinente analizar en esta Introducción qué entiende en TEDH por derecho a la libertad y a la seguridad en el marco del art. 5 CEDH.

Comienza el precepto cuyo análisis nos ocupa con el siguiente párrafo: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley”.<sup>14</sup>

Debemos destacar *ab initio* que ni el Convenio, ni los pronunciamientos de los distintos órganos previstos en el mismo –el TEDH y, hasta la entrada en vigor del Protocolo nº 11,<sup>15</sup> la Comisión– han definido de forma concisa qué se debe entender en el marco del art. 5 CEDH por derecho a la libertad, seguramente con la finalidad de no “autovincularse en contra”<sup>16</sup> y también, en su línea habitual, con el objetivo de poder aplicar el precepto a la diversidad de supuestos establecidos en las legislaciones de los Estados firmantes del Convenio.<sup>17</sup>

---

quier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. Vid. también GARCÍA DE ENTERRIA, E., *El sistema europeo de protección de los Derechos humanos*, op. cit., p. 181; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La aplicación del CEDH en España*, Madrid, 1988, pp. 51 y ss., y DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1998, esp. p. 63.

14 Dicho tenor es muy similar al que establece el art. 17 del texto constitucional español: “1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. Tal coincidencia nos facilitará de alguna manera, salvando las distancias, la delimitación y concreción de los conceptos jurídicos “libertad” y “seguridad”.

En la Constitución nicaragüense puede leerse lo siguiente: art. 25 CN: “Toda persona tiene derecho: a la libertad individual; a su seguridad; al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica”. Art. 33 CN: “Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal (...)”.

15 Vid. por ejemplo en GARBERÍ LLOBREGAT, J. / MORENILLA ALLARD, P., *Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal europeo relativa a España*, Barcelona, 1999, el “Informe explicativo del Protocolo nº 11 al CEDH”, Documento H (94) 5 del Consejo de Europa, pp. 34 y ss., así como BONET, J., “El Protocolo nº 11 y la Reforma del sistema europeo de protección de los derechos humanos”, *REDI*, vol. XLVI, 1994, 1, pp. 474 y ss.

16 PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5 CEDH)”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 73 y ss., esp. p. 88.

17 Por otro lado “la privación de libertad puede adoptar diferentes formas. Su variedad, además, crece con la evolución de las normas jurídicas y las actitudes”, Caso GUZZARDI, 6-11-80.

Así pues, el TEDH opta por un análisis del caso concreto,<sup>18</sup> por afirmar en cada supuesto si ha existido o no, privación de libertad, lo que no es óbice para que podamos extraer algunas conclusiones que se repiten, o al menos dibujar los contornos y distinguir este derecho a la libertad de otros derechos y libertades contenidos en el Convenio; en fin, procederemos a sintetizar lo que puede técnicamente denominarse jurisprudencia del TEDH acerca del concepto jurídico “derecho a la libertad” del art. 5 del Convenio.<sup>19</sup> También nos será de gran utilidad para definir este derecho y deslindarlo de otros, fijarnos en los distintos supuestos de privación que admite el propio art. 5 en los apartados a) a f) del párrafo 1º.

El citado precepto garantiza la libertad personal<sup>20</sup> o libertad física,<sup>21</sup> dicho de otro modo, el derecho a la libertad ambulatoria, que puede ser definida como la libertad para alejarse del lugar donde no se desea permanecer.<sup>22</sup>

---

18 Vid. REINDL, S., *Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention*, Wien, 1997, p. 20; FROWEIN / PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention Kommentar*, Kehl, Strassburg, Arlington, 2ª ed., 1996, esp. p. 77., y expresamente los Casos ENGEL Y OTROS, 8-6-76, GUZZARDI, 6-11-80, AMUUR, 25-6-96, y RIERA BLUME Y OTROS, 14-10-99.

19 Como ejemplo de definición laxa puede citarse el Caso ENGEL Y OTROS, 8-6-76, donde se afirma que “el derecho a la libertad del apdo. 1 del art. 5 acoge la libertad individual en el sentido clásico, es decir, la *libertad física de la persona*. Tiene por objeto asegurar que nadie sea despojado de manera arbitraria; así, como han dicho el Gobierno y la Comisión, no se refiere a las simples restricciones de la libertad de circular (art. 2, Protocolo nº 4)”.

A pesar de la inconcreción, extraemos ya de este tenor algunas conclusiones: el precepto se refiere a la libertad física, por lo tanto no a la libertad de conciencia, etc.; además, la libertad está directamente vinculada a la seguridad –asegura que nadie sea despojado de manera arbitraria–; y por último, la libertad de circular y sus restricciones es sustancialmente distinta de la libertad del art. 5 del CEDH.

20 De “persönliche Freiheit” hablan los comentaristas alemanes cuando analizan este precepto; vid. por todos el ya clásico de FROWEIN / PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, *op. cit.*, esp. pp. 71 y ss.

21 Vid. REINDL, S., *Untersuchungshaft...*, *op. cit.*, p. 20, “physische Freiheit”; TRECHSEL, S., “Liberty and Security of Person”, *The European System for the Protection of Human Rights*, ed. por MAC DONALD / MATSCHER / PETZOLD, Dordrecht, Boston, London, 1993, pp. 277 y ss., “physical liberty of person”, y DE SALVIA, M., *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Trieste, 1994, p. 103, “libertà fisica”.

22 Vid. más ampliamente mi trabajo *La detención por delito*, *op. cit.*, esp. pp. 21 y ss. y la bibliografía específica sobre el concepto allí citada.

Así pues, el derecho a la libre circulación por el territorio nacional, o la libertad de residencia, no encuentra protección específica en el marco de este precepto,<sup>23</sup> sino en el art. 2, apdo. 1º del Protocolo 4º.<sup>24</sup>

Además, en la línea antes apuntada del “análisis del caso concreto”, importa al Tribunal para afirmar eventualmente vulnerado el art. 5, y esto resulta decisivo, no la figura jurídica o denominación que reciba en cada país la situación de privación de libertad que se analice, sino la naturaleza, intensidad, duración y consecuencias de la medida en el supuesto de que se trate, las circunstancias objetivas por tanto.<sup>25</sup> Algunos ejemplos jurisprudenciales nos servirán para ilustrar lo antedicho:

En el Caso GUZZARDI, 6-11-80, el Tribunal apreció una situación de privación de libertad porque el Sr. Guzzardi estuvo durante más de 16 meses confinado en una isla de 2,5 Km., junto con otras personas igualmente sospechosas de pertenecer a la mafia; allí estaba permanentemente vigilado y su contacto con el exterior de la isla era escaso y sólo con sus familiares.

Lo mismo dictaminó el TEDH en el Caso RIERA BLUME Y OTROS, 14-10-99, pues los recurrentes, presuntos miembros de una secta, fueron conducidos por la Policía a un hotel a las afueras de Barcelona y entregados a sus familiares con la finalidad de que recuperaran su equilibrio psíquico. En dicho hotel permanecieron durante diez días asistidos de psicólogos, en habitacio-

---

23 Vid. expresamente el citado Caso ENGEL Y OTROS, 8-6-76.

24 Estrasburgo, 16-9-1963, firmado pero no ratificado por España. Art. 2: “Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia”. En este precepto se incluirían las situaciones en que se ordena a una persona no abandonar una determinada ciudad durante cierto tiempo, o que acuda ante una autoridad periódicamente, o las medidas del art. 514 bis LECrim; vid. al respecto, DE HOYOS SANCHO, M., “La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar”, *Actualidad Penal*, nº 32, septiembre 2002, pp. 803 y ss.; ARANGÜENA FANEGO, C.: “La reforma de la LECrim por la LO 14/1999, de 9 de junio”, *Actualidad Penal*, nº 11, 13 a 19 de marzo de 2000, *passim*, y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, 1991, esp. pp. 35 y ss.

25 Así nos lo recuerda como “jurisprudencia consolidada” en el Caso RIERA BLUME Y OTROS, 14-10-99: “Para determinar si una persona se encuentra privada de su libertad en el sentido del art. 5, es preciso partir de su situación concreta y tener en cuenta un conjunto de criterios, como el género, la duración y las modalidades de ejecución de la medida considerada”. Por otro lado, no es relevante a estos efectos que la situación de privación de libertad fuera en principio aceptada voluntariamente por los afectados, vid. el Caso DE WILDE, OOMS Y VERSYP, 18-6-71.

nes individuales y cerradas, sin cristales y continuamente vigilados. Vistos los hechos y las restricciones padecidas se trató, dijo el TEDH, de una privación de libertad.

Por otra parte, el art. 5.1 CEDH vincula estrechamente el derecho a la libertad ambulatoria con la seguridad, como hace el art. 25 CN, lo que desde luego es razonable,<sup>26</sup> o más bien exigible, si tenemos en cuenta que el derecho a abandonar el lugar en que no se desea permanecer no es absoluto, sino que despliega *prima facie* todos sus efectos a no ser que en un caso concreto de conflicto insalvable un bien jurídico constitucional de igual o superior rango obligue a su limitación en la medida de lo imprescindible.<sup>27</sup>

Así pues, esencialmente, el art. 5 CEDH proscribire las privaciones de libertad arbitrarias,<sup>28</sup> es decir, cualquier forma de arresto, detención, prisión o internamiento que tenga lugar fuera de los supuestos y sin las finalidades descritas en el apdo. 1 del art. 5, o sin la observancia del procedimiento establecido en la Ley, o con vulneración de las garantías previstas para cada modalidad en los apdos. 2 y siguientes o, por último, también se considerarán arbitrarias y por ende lesivas del derecho a la libertad y seguridad, aquellas privaciones de libertad que no cumplan con las exigencias del principio de proporcionalidad.<sup>29</sup> Abordaremos estos extremos con algo más de detalle a continuación.

---

26 La interdependencia entre libertad y seguridad es tan evidente que de hecho en los primeros textos del Convenio sólo se hablaba de “derecho a la libertad”; esta primera frase que ya alude a la seguridad fue añadida posteriormente. Vid. REINDL, S., *Untersuchungshaft und MRK*, op. cit., p. 25.

27 Vid. sobre este particular ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1986, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat*, 1990, nº 1, pp. 49 y ss., y en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M., 1996; GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, 1994. Confróntese con los planteamientos de HÄBERLE en *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*, 3ª ed., Heidelberg, 1983. La teoría de los derechos fundamentales que se sigue en este trabajo puede encontrarse más ampliamente explicitada en DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, op. cit., pp. 31 y ss.

28 Vid. a título de ejemplo el Caso SAKIK Y OTROS, 26-11-97: La importancia del art. 5 en el sistema de la Convención reside en que “consagra un derecho fundamental del hombre, la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias del Estado en su libertad (...), reducir en la medida en que sea posible el riesgo de arbitrariedad y asegurar la preeminencia del derecho (es) uno de los principios fundamentales en una sociedad democrática, al cual se refiere expresamente el preámbulo de la Convención”. Vid. también en semejantes términos los Casos VAN DER LEER, 21-2-90,



Con una finalidad de garantía, el art. 5.1 CEDH, apdos. a) a f) enumera exhaustivamente<sup>30</sup> los casos o supuestos en que una persona puede verse privada de su libertad ambulatoria; tal limitación de derechos, según establece el propio art. 18 CEDH,<sup>31</sup> no podrá además perseguir otra finalidad que no sea una de las previstas en el propio Convenio. Por otro lado, y a la vista de las características del derecho afectado, cualquier supuesto o finalidad habilitante de la privación de libertad mencionada en el art. 5.1 deberán ser siempre interpretada restrictivamente.<sup>32</sup>

En cuanto a la mencionada exigencia de legalidad en la privación de libertad, ésta puede deducirse o bien directamente de la necesaria seguridad o, como hace en ocasiones el TEDH, del “principio del Estado de Derecho”, pues legalidad y Estado de Derecho están sin duda indisolublemente unidos; en otras resoluciones se menciona como uno de los principios que deben regir en un Estado democrático.<sup>33</sup> La Constitución nicaragüense recoge expresamente este requisito de legalidad en la detención y prisión: art. 33 CN: “Nadie

---

QUINN, 22-3-95, SCOTT, 18-12-96, GIULIA MANZONI, 1-7-97 y RIERA BLUME Y OTROS, 14-10-99.

29 Destaca GENTZ que, en definitiva, el desconocimiento de todas estas pautas que integran la seguridad personal supondría una arbitrariedad y por ende un abuso o exceso de poder condenable. Vid. “Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, pp. 1600 y ss., esp. p. 1601.

30 Vid. entre otros las siguientes SSTEDH: Caso ENGEL Y OTROS, 8-6-76: La lista de privaciones de libertad que enumera el art. 5 reviste un carácter exhaustivo, como testimonian las palabras “salvo en los siguientes casos”. Caso WEEKS, 2-3-87: es exigible una estricta conformidad de la medida con el objetivo concreto perseguido con la privación de libertad. Caso LOUKANOV, 20-3-97: El art. 5.1 enuncia, en una lista cerrada, los motivos admisibles de privación de libertad, los cuales además han de ser interpretados restrictivamente. Caso GIULIA MANZONI, 1-7-97: La lista de excepciones al derecho a la libertad que figuran en el art. 5.1 tiene carácter exhaustivo y sólo una interpretación estricta es acorde con la finalidad de esta disposición: asegurar que nadie sea privado de su libertad de forma arbitraria.

En semejantes términos se pronuncia el Tribunal Europeo en los Casos LAWLESS, 1-7-61, WINTERWERP, 24-10-79, CIULLA, 22-2-89, VAN DER LEER, 21-2-90, WAS-SINK, 27-9-90, QUINN, 22-3-95.

31 “Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.”

32 Vid. *infra* la aplicación del principio de proporcionalidad.

33 Vid. por todos FROWEIN / PEUKERT, *EMRK-Kommentar, op. cit.*, pp. 73 y ss., y la jurisprudencia allí citada.

puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por *causas fijadas por la ley* con arreglo a un *procedimiento legal* (...)". Por su parte, el art. 166 CPP dispone: "Las únicas medidas cautelares son las que este Código autoriza".

Tal requisito de legalidad supone, como es sabido, que la situación fáctica habilitante del arresto, detención, prisión o internamiento ha de encontrar su causa en los motivos establecidos en las leyes nacionales<sup>34</sup> —estrictamente materiales y/o procesales—, que en todo caso deberán respetar lo genéricamente establecido en el art. 5, y naturalmente conlleva la legalidad de la medida también que los poderes públicos hayan respetado escrupulosamente los cauces y garantías que el ordenamiento interno establece para la adopción y mantenimiento de la medida —"procedimiento establecido por la ley"<sup>35</sup>—. Además, tal legislación estatal deberá ser lo suficientemente precisa y no provocar por ende su tenor inseguridad jurídica.<sup>36</sup>

Al hilo de lo anteriormente expuesto, conviene que nos fijemos con atención en la técnica legislativa que se empleó en su día en el CIC y más recientemente en el CPP, concretamente en la utilizada para la redacción y sistematización de los preceptos que ambos cuerpos legales dedican a la detención.

El CIC de 1879 regulaba conjuntamente la detención y la prisión provisional; si bien el contenido de los artículos correspondientes resultaba insuficiente e impreciso en algunos extremos que apuntaremos a lo largo de este trabajo, debemos al menos valorar positivamente el hecho de que estas dos medidas

---

34 El término "ley" debe entenderse según las exigencias del sistema de fuentes de cada Estado miembro para la materia de que se trate. Vid. ampliamente, WEIß, R., *Das Gesetz im Sinne der EMRK*, 1996, Berlín.

35 Vid. el Caso DOUIYEB, 4-8-99, donde el Tribunal recuerda que los términos *régulièrement* y *selon les voies legales* —regularmente y con arreglo al procedimiento establecido por la ley—, que se emplean en el art. 5.1 reenvían básicamente a la legislación nacional y consagran la obligación de observar en la materia "tanto las normas de fondo como las de procedimiento". En semejantes términos los Casos BOZANO, 18-12-86, VAN DER LEER, 21-2-90, BENHAM, 10-6-96, SCOTT, 18-12-96, AMUUR, 25-6-96, LOUKANOV, 20-3-97, ASSENOV Y OTROS, 28-10-98, DOUIYEB, 4-8-99, RIERA BLUME Y OTROS, 14-10-99.

36 Vid. expresamente el Caso SUNDAY TIMES, 26-4-79, en el que el Tribunal destaca que una norma no puede ser considerada ley —*law*— en el sentido del art. 5 "si no está formulada con la suficiente precisión como para que un ciudadano pueda dirigir su conducta conforme a la misma". Vid. también los pronunciamientos de la Comisión en el Caso ARROWSMITH, 12-10-78.

cautelares personales se encontraran dentro del mismo Título V y en Capítulos consecutivos.

Por su parte, el CPP ha optado por dedicar también el Título V expresamente a las medidas cautelares. Lo inicia, elogiamente desde mi punto de vista, con una enumeración de las que puede adoptar el juez o tribunal y con una serie de disposiciones generales aplicables a la materia. Continúa dicho Título con la regulación de la prisión preventiva y de otras medidas cautelares sustitutivas, pero sorprendentemente no encontramos referencia alguna en el mismo, insisto, encabezado con el epígrafe “de las medidas cautelares”, a actuaciones que sin duda alguna tienen y deben seguir teniendo tal naturaleza jurídica: la detención cautelar policial, la ordenada por el Ministerio fiscal o la practicada por los particulares en supuestos de flagrancia, las cuales se regulan en el Título I del Libro II –“De los actos iniciales comunes”, actuaciones de la Policía Nacional o del Ministerio público–. Considero que lo antedicho trasciende a la importancia de la correcta ubicación de los preceptos en un cuerpo legal, pues conviene tener clara y siempre presente la naturaleza jurídica de las diversas actuaciones e instituciones procesales, pues tal naturaleza determina sus principios informadores y por ende también, como es sabido, todo lo relativo a la interpretación de sus presupuestos, requisitos, efectos, aplicación de normativa complementaria, etc.

Como anticipamos, también la máxima de proporcionalidad de la medida debe informar toda privación de libertad, tanto en el momento de su adopción, como a lo largo de toda su vigencia.<sup>37</sup> Aunque el CEDH no se refiera en su articulado expresamente a este principio, es ya abundantísima la jurisprudencia del TEDH que dictada en aplicación del mismo,<sup>38</sup> el cual puede enunciarse de la siguiente

---

37 Al igual que la legalidad, la necesaria aplicación de este principio puede deducirse directamente de la propia interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, del principio del “Estado de Derecho”, o incluso de las pautas que deben informar el devenir de las “Sociedades democráticas”. Acerca del principio de proporcionalidad y de su aplicación a las medidas privativas de libertad, vid. ampliamente mi trabajo *La detención por delito*, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

38 Vid. por ejemplo las siguientes SSTEDH: Caso NEUMEISTER, 27-6-68, Caso STOGMÜLLER, 10-11-69, Caso DE WILDE, OOMS Y VERSYP, 18-6-71, Caso GOLDER, 21-2-75, Caso HANDYSIDE, 7-12-76, Caso THE SUNDAY TIMES, 24-4-79, Caso ASHINGDANE, 8-5-85, Caso OLSSON, 24-3-88, Caso SCHÖNENVERGER Y DURMAZ, 20-6-88, Caso BERRHAB, 21-6-88. Consúltese además EISSEN, M-A, “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *The european system for the protection of human rights*, Dordrecht, Boston, London, 1993, y YOUROW, H., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, The Hague, 1996.

te manera: únicamente será admisible aquella privación del derecho a la libertad ambulatoria que sea adecuada y necesaria para alcanzar las finalidades contenidas en el propio art. 5.1 CEDH, y siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con tal objetivo perseguido.<sup>39</sup>

Dicho de otro modo, la medida ha de ser apta o idónea para lograr el objetivo que, fruto de una ponderación de bienes, aparece recogido en el Convenio como admisible –art. 5.1, apdos. a) a f)– y por consiguiente considerado por las Altas Partes Contratantes como digno de justificar una privación del derecho. Además, tal actuación ha de considerarse necesaria en el caso concreto, es decir, la intervención en el derecho ha de ser la mínima imprescindible y en su caso la alternativa menos gravosa o lesiva de entre todas las aptas para lograr el fin perseguido. Por último, una vez determinada la adecuación y necesidad de la actuación limitativa del derecho a la libertad ambulatoria, para que ésta sea proporcionada en sentido estricto es preciso que el perjuicio vinculado a la medida se encuentre en una relación razonable o proporcionada con la finalidad de protección del bien o valor jurídico que en el caso concreto se contrapone con tal derecho, es decir, con la importancia del interés general que se pretende salvaguardar. No conviene perder de vista en todo caso a la hora de aplicar este principio o pauta de proporcionalidad que el bien jurídico que conforma el binomio “libertad-seguridad” se encuentra en el primero de los grados de tutela de los derechos considerados básicos también por el CEDH.

Consciente de la importancia que tiene la efectiva vigencia de este principio de proporcionalidad, los autores del CPP introdujeron en su articulado varias referencias expresas a tal pauta o criterio. Así, en el art. 169 CPP se puede leer: “Proporcionalidad: No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable”. Alusiones indirectas al criterio de proporcionalidad que debe informar las medidas cautelares se encuentran también, entre otros, en los artículos 166, 168, 170, 171, 172 y 180.

Por último, no quisiera finalizar estas referencias al derecho a la seguridad personal sin poner de relieve algunos pronunciamientos del TEDH que destacan, vinculada a este derecho, la importancia, no sólo de que se cumpla ese “deber de abstención” o de no-arbitrariedad por parte de los poderes públicos, sino también de que los mismos lleven a cabo literalmente un “hacer positivo” que permita sea efectivo el disfrute en plenitud del derecho a la libertad perso-

---

39 Vid. DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, op. cit., p. 67.

nal y sus garantías por parte de los ciudadanos de los Estados firmantes del Convenio.

Así, por ejemplo, en el Caso BEZICHERI, 25-10-89, el Gobierno italiano alegó que fue la sobrecarga de trabajo que padecía el Juez de instrucción el motivo que le impidió conocer en un *bref délai* –plazo razonable– del recurso contra la privación de libertad interpuesto por el Sr. Bezicheri. El TEDH condenó a Italia por violación del art. 5.4 CEDH y recordó al Gobierno que la Convención “obliga a los Estados firmantes a organizar sus jurisdicciones de forma que le permitan responder a sus diversas exigencias”.<sup>40</sup>

## II. Supuestos de detención o arresto en el art. 5 CEDH

Si entendemos por detención en el marco del art. 5 CEDH aquellas privaciones de la libertad ambulatoria de breve y limitada duración en el tiempo, distintas de la prisión provisional, y practicadas con la finalidad de asegurarse la efectividad de un eventual pronunciamiento de la autoridad competente que en su caso confirme la medida privativa de libertad, encontramos en el precepto cuyo análisis nos ocupa los siguientes supuestos o motivos de detención.

### 1. En aplicación del apdo. a) del art. 5.1, la detención cuya finalidad es hacer efectiva una pena legalmente impuesta por sentencia dictada por un tribunal competente

Este tipo de detenciones serán instrumentales respecto de la ejecución de la sentencia que condena a una pena o medida de seguridad,<sup>41</sup> resolución que se pretende poder hacer efectiva adoptando en primer término tal privación de libertad de corta duración.<sup>42</sup> A la misma se refiere el CPP concretamente en su art. 409 y el antiguo CIC la regulaba en los arts. 500 y 501.

---

40 En semejantes términos los Casos MILASI, 25-6-87, y más recientemente, LABITA, 6-4-2000.

41 Vid. el Caso B. contra AUSTRIA, 28-3-90: “l’infliction d’une peine ou autre mesure privatives de liberté”.

42 Acerca de esta aprehensión del condenado para su inmediata entrega a las autoridades competentes para la ejecución de la sentencia en los ordenamientos español, alemán, italiano y francés, vid. mi trabajo, *La detención por delito*, op. cit., esp. pp. 127 y ss. y cc.

Para que dicha actuación sea conforme con el apdo. a) del art. 5 será preciso destacadamente que exista y sea consecuencia directa de una condena<sup>43</sup> inmediatamente anterior a pena privativa de libertad; sin embargo, debemos poner de manifiesto que no exige expresamente el Convenio, ni los pronunciamientos de sus órganos, que se trate de una condena firme.<sup>44</sup> Confróntese este extremo con los preceptos del CIC y CPP nicaragüense citados *supra*. Concretamente el art. 409 CPP dispone: “La sentencia condenatoria deberá quedar firme para originar su ejecución. Inmediatamente después de quedar firme, se ordenarán las comunicaciones e inscripciones correspondientes. El tribunal ordenará la realización de las medidas necesarias para que se cumplan los efectos de la sentencia”.

Por otro lado, tal pena debe haber sido legalmente impuesta<sup>45</sup> y dictada por un Tribunal competente, es decir, independiente, imparcial y actuando a través del “procedimiento jurisdiccional” correspondiente y legalmente establecido;<sup>46</sup> dicho de otro modo, la condena no deberá ser calificada de arbitraria. En este punto el Convenio se remite con claridad a las normas nacionales, penales y procesales, por lo que el TEDH generalmente se limita a verificar la observancia en el caso concreto de tales disposiciones por parte de los Tribunales nacionales.<sup>47</sup>

## **2. En aplicación del apdo. b) del art. 5.1, la detención cuya finalidad es lograr el acatamiento de una orden judicial que se ha desobedecido o asegurarse el cumplimiento de una obligación establecida por ley**

De la lectura de este apdo. b) se deduce que el Convenio quiere distinguir aquí dos circunstancias que permiten la práctica de la detención: la necesidad

---

43 El TEDH viene entendiendo por condena “la declaración de culpabilidad como consecuencia de la prueba de una infracción penal”; vid. el Caso DROOGENBROECK, 24-6-82.

44 Vid. por ejemplo el Caso WEMHOFF, 27-6-68: Incluso si la persona ha sido condenada en primera instancia y la sentencia es recurrible según el ordenamiento interno aplicable.

45 Ley entendida tanto en sentido formal como material; vid. el Caso SUNDAY TIMES, 26-4-79. Acerca del requisito de legalidad en el marco del derecho a la libertad personal, vid. lo expuesto en el epígrafe precedente.

46 Vid. por todos el Caso DE WILDE, OOMS Y VERSYP, 18-6-71.

47 Vid. los Casos WEEKS, 2-3-87, BOUAMAR, 29-2-88, VAN DER LEER, 21-2-90 y WAS-SINK, 27-9-90, así como el análisis que acerca de la amplitud del control de legalidad realiza PEUKERT en *EMRK-Kommentar, op. cit.*, esp. pp. 85 y ss.

de que se cumpla el mandamiento de un órgano jurisdiccional o la obligación legalmente establecida.<sup>48</sup>

En el primer caso tendrían cabida supuestos como el previsto en el art. 420 LECrim: conducción ante el Juez de los testigos que no comparezcan voluntariamente,<sup>49</sup> los recogidos en el antiguo art. 161 CIC–, o en el actual art. 284 CPP en relación con el acusado que se halla en libertad y no comparece injustificadamente al juicio. Además, la Comisión ha mencionado expresamente esta parte del precepto en los siguientes casos: por incumplir la orden de pago de una multa, para posibilitar la ejecución de un mandamiento de desahucio o para que se cumpla la orden judicial de someterse a un examen médico psiquiátrico o análisis clínico en un proceso de nulidad matrimonial.<sup>50</sup>

Ya con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación específica y concreta<sup>51</sup> establecida en la ley directamente, es decir, sin orden judicial previa,<sup>52</sup> se ha considerado compatible con esta segunda alternativa del apdo.

---

48 Si bien, como aclara PEUKERT, por lo general la exigencia del cumplimiento de esos deberes legalmente impuestos se acaba concretando en el dictado de una orden judicial, por lo que si no se cumple la ley por el obligado, podrá ser de aplicación la primera alternativa del apdo. b). Vid. FROWEIN / PEUKERT, *EMRK Kommentar, op. cit.*, p. 75. Como ejemplo de esta hipótesis vid. por todos el caso BENHAM, 10-6-96: El Sr. Benham no abonó en su día el impuesto que adeudaba y el Juez competente ordenó una medida de coerción personal –*contrainte par corps*– con la finalidad de que se cumpliera la obligación legal.

49 Vid. PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a la libertad y seguridad...”, *op. cit.*, p. 109.

50 Enumera éstos y otros ejemplos que podrían tener encaje en este precepto, PEUKERT, *EMRK Kommentar, op. cit.*, p. 73. Vid. también DE SALVIA, M., *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo, op. cit.*, pp. 108 y 109.

51 No serían compatibles con el Convenio detenciones que pretendieran el cumplimiento de “deberes genéricos”; habrán de ser por tanto “específicos y concretos”. Vid. por ejemplo los Casos LAWLESS, 1-7-61, ENGELS, 8-6-76, GUZZARDI, 6-11-80 y CIULLA, 22-2-89: “La posibilidad de privar de libertad a alguien se refiere únicamente a los casos en que la ley lo autoriza para obligar al cumplimiento de un deber específico y concreto que se ha tratado de eludir hasta entonces”. Vid. también TRECHSEL, S., “Liberty and Security of Person”, *op. cit.*, pp. 301 y 302, quien menciona además expresamente como requisito de concordancia con el Convenio de estos supuestos, que la persona en cuestión haya sido apercebida previamente y tenido la oportunidad de cumplir voluntariamente, y que naturalmente luego haya persistido en su incumplimiento.

52 Destaca PEUKERT, que la diferencia entre los dos supuestos enumerados en este apdo. b) estriba en que en el primero un tribunal ha dictado la orden que impone una determinada conducta, mientras que en el segundo, el mandato proviene directamente de la ley. Vid. FROWEIN / PEUKERT, *EMRK Kommentar, op. cit.*, p. 73.

b), por ejemplo, la detención que trae su causa en la negativa a efectuar el conocido como “juramento de manifestación de bienes”,<sup>53</sup> o la practicada para identificación en un control fronterizo de personas que provenían de Irlanda y se dirigían al Reino Unido.<sup>54</sup> Tendría aquí cabida también la detención ordenada por el Ministerio Fiscal en caso de incomparecencia a su citación conforme a derecho –v.gr.: art. 250 CPP: “bajo apercibimiento de conducción forzosa para la práctica de diligencias relativas al ejercicio de la acción penal en caso concreto (...)”–.

En todo caso, se insiste en la necesaria interpretación restrictiva de este subapartado que permite la detención de personas sin orden judicial previa<sup>55</sup> y en la imprescindible concurrencia de los siguientes requisitos: que la obligación en virtud de la cual se procede sea específica y concreta, naturalmente estar aún incumplida, que la persona obligada haya tenido la posibilidad de cumplir, y que no exista un medio menos gravoso que la privación de libertad para lograr el acatamiento de tal obligación legal.

**3. En aplicación del apdo. c) del art. 5.1, la detención cuya finalidad es hacer comparecer a alguien ante la audiencia judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.**

Un importante sector de la doctrina que se ha encargado de analizar y comentar este apdo. c) del art. 5 CEDH coincide en afirmar que tal párrafo “puede probablemente ostentar el triste récord de ser el precepto más inadecuadamente redactado de toda la Convención”.<sup>56</sup> Sin embargo, también es cierto que su aplicación práctica por el Tribunal no ha presentado dificultades sustanciales, debido quizá entre otros motivos a que las legislaciones nacionales regulan estas modalidades de privación de libertad –detención o prisión provisional– en términos mucho más precisos y estrictos que los reflejados en este apdo. c).

---

53 Vid. otros ejemplos que sugiere la doctrina podrían tener cabida en este epígrafe en FROWEIN / PEUKERT, *op. et. loc. supra cit.*

54 Dicha detención duró 45 horas, a pesar de lo cual la Comisión justificó la medida desde el art. 5.1.b) por la difícil situación de lucha contra el terrorismo que vivía el Reino Unido, Caso MC VEIGH Y OTROS, 26-10-84.

55 Vid. DE SALVIA, M., *Lineamenti di diritto europeo...*, *op. cit.*, p. 109.

56 Expresamente TRECHSEL, S., *Liberty and Security of Person*, *op. cit.*, p. 302. Vid. también en semejantes términos FROWEIN / PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, *op. cit.*, p. 76., VELU / ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 326.



Por lo que al objeto de nuestro trabajo respecta, nos encontramos en este supuesto ante la detención por la presunta comisión de un hecho delictivo, es decir, ante la medida cautelar privativa de libertad que podrá ser adoptada una vez ya cometido éste o bien en flagrancia.<sup>57</sup> El CIC regulaba esta materia fundamentalmente en los arts. 83 y siguientes y el CPP vigente lo hace en el art. 231.

En primer lugar hemos de aclarar cuándo entiende el Tribunal que concurren “indicios racionales de que una persona ha cometido una infracción”:

A pesar de la literalidad del precepto en castellano –“infracción”<sup>58</sup>– el objeto de los indicios racionales ha de ser concretamente la comisión de un ilícito *penal*.<sup>59</sup> Dicho de otro modo, este tenor coincide básicamente con los “motivos racionalmente bastantes” para sospechar que una determinada persona ha cometido un hecho presuntamente delictivo a que se refiere el art. 492 LE-Crim, motivos que igualmente permiten la práctica de la detención cautelar.

De “indicios racionales de haber cometido ilícitos penales” hablaba el Proyecto de CPP en el art. 230, expresión más afortunada que la del antiguo art. 83 CIC, que utilizaba los términos “presunción vehemente”. Por su parte, el art. 184 CIC, en relación con el auto de formal prisión, indicaba que éste se decretaría cuando a juicio del juez hubiere establecido la existencia del cuerpo del delito y “hubieren indicios racionales o presunciones graves de la culpabilidad del procesado”. El art. 173.2 CPP, en relación con la procedencia de la prisión preventiva, se refiere a los “elementos de convicción suficientes para

---

57 A estas circunstancias que permiten la detención de una persona se refiere naturalmente también la LECrim, concretamente en los arts. 490 1º y 2º y 492. Un análisis de estos preceptos puede encontrarse en DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, op. cit., esp. pp. 78 y ss., y 160 y ss.

58 El texto francés utiliza la siguiente expresión: “raisons plausibles de soupçonner qu’il a commis une *infraction*...”. El inglés dice lo siguiente: “the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an *offence*...”. Las versiones alemana e italiana introducen las expresiones *hecho punible o delito* y se puede leer en los siguientes términos: “wenn er rechtmäßig festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird zum Zwecke seiner Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, sofern hinreichender Verdacht dafür besteht, daß der Betreffende eine *strafbare Handlung* begangen hat...”, “quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un *reato*...”.

59 Vid. en la nota anterior el tenor de las versiones alemana e italiana, así como entre la doctrina, DE SALVIA, M., *Lineamenti di diritto europeo...*, op. cit., p. 110: “Las hipótesis previstas en esta disposición se refieren a privaciones de libertad adoptadas en el marco de un proceso penal o en previsión de un eventual proceso penal”.

sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de ese hecho punible o partícipe en él”, y el también actual art. 231 CPP alude a la “probabilidad fundada de la comisión de un delito sancionado con pena privativa de libertad (...)”. En todo caso, conviene que todas estas referencias al clásico *fumus commisi delicti* sean matizadas y acotadas debidamente por la jurisprudencia.

La exigencia de que efectivamente concurren tales “indicios racionales” se encuentra de nuevo en conexión directa con la interdicción de la arbitrariedad en las privaciones de libertad, la que se produciría dice el TEDH, no sólo si no concurrieran en el caso concreto, sino además si por ejemplo el Gobierno no suministrara esos hechos, informaciones o razones que han justificado el arresto de la persona.<sup>60</sup> El Tribunal ha considerado también que no es óbice para dar a conocer tales datos o razonamientos que en su día sustentaron los “indicios racionales” que se trate de hechos relacionados con la comisión de delitos por terroristas o bandas mafiosas.<sup>61</sup>

---

60 Vid. el Caso FOX, CAMPBELL Y HARTLEY, 30-8-90; los recurrentes fueron detenidos porque las fuerzas de policía albergaban “sospechas sinceras” de que estas personas eran terroristas –dos de los tres recurrentes habían sido condenados anteriormente por actos de terrorismo–. El Tribunal consideró en este supuesto que las condenas impuestas en el pasado, o la simple referencia a que fueron detenidos por “actividad terrorista” no podían considerarse motivos suficientes para justificar una privación de libertad; y el Gobierno no había suministrado otros datos que apoyaran lógicamente la existencia de “indicios racionales” de que los recurrentes habían cometido una infracción penal. O el Caso LOUKANOV, 20-3-97: “No se presentó prueba alguna que demostrara que las decisiones que se enjuiciaban eran ilegales, es decir, contrarias a la Constitución y a las leyes búlgaras o, más concretamente, que tales decisiones fueran resultado de un abuso de poder o contrarias a la ley presupestaria nacional. Así pues, el TEDH no ha sido convencido de que el comportamiento reprochado al recurrente constituya una infracción penal a la vista del derecho búlgaro vigente en el momento de la detención. (...) No se ha presentado ante el TEDH ningún elemento o dato que demuestre que en su momento existían indicios racionales para suponer que el recurrente había pretendido con su actuación, para el mismo o para terceros, obtener un beneficio de su participación en la asignación de los fondos en cuestión”.

61 Vid. por ejemplo el Caso FOX, CAMPBELL Y HARTLEY, 30-8-90: “En relación con la razonabilidad de los indicios, es incuestionable que la criminalidad terrorista ocupa una categoría especial, y que a fin de limitar sus efectos y la pérdida de vidas humanas la policía debe en muchos casos actuar con gran celeridad al valorar las informaciones que recibe, incluso las que provienen de fuentes secretas; sin embargo, aunque las autoridades no tengan que revelar sus fuentes de información, y deban evitar poner en peligro a sus testigos y confidentes, y en general los medios emplea-

Por lo que respecta a la necesaria “razonabilidad”, “suficiencia” o “plausibilidad” de los indicios, la jurisprudencia del TEDH<sup>62</sup> ha entendido que se dará tal circunstancia si los hechos o informaciones pueden convencer a un observador objetivo de que la persona privada de libertad puede haber cometido el delito del que es sospechosa; y añade: el carácter “plausible” de las sospechas, o razonabilidad de los indicios, depende del conjunto de las circunstancias del caso concreto de que se trate, las cuales junto con los razonamientos seguidos por las autoridades nacionales deberán, como indicamos, ser puestas de manifiesto por los Gobiernos con la finalidad de demostrar si en efecto existían tales sospechas suficientes y objetivamente fundamentadas que justificaban la detención.<sup>63</sup>

Conviene tener presente también en este punto que no nos encontramos aquí ante un supuesto de detención en flagrancia, por lo que no existe la percepción sensorial directa de la comisión de un hecho con apariencia delictiva; no hay por tanto certeza de que se han cometido tales hechos, ni de que se puedan imputar a un sujeto determinado. Este tipo de detenciones, por cierto, las más frecuentes en la práctica, serán por tanto fruto de las pesquisas y diligencias efectuadas por los agentes de la Policía judicial.

Consecuencia de lo antedicho es el hecho de que no se pueda lógicamente exigir en estos casos como presupuesto para que la detención sea conforme a derecho que se haya cometido un delito, pues esa circunstancia sólo se decidirá al finalizar el proceso penal –presunción de inocencia, art. 34.1 CN–; por otra parte, de la literalidad del art. 231 3º CPP expuesta –“probabilidad fundada”– no se deduce que la intención del legislador fuera exigir la presen-

---

dos en la lucha antiterrorista, eso no puede justificar que se elimine la garantía de la necesaria “plausibilidad” o racionalidad de las medidas privativas de libertad en los términos exigidos por el art. 5.1 c) CEDH”.

En conclusión, el TEDH consideró que el Gobierno debía ofrecer los datos y razonamientos que le habían llevado a considerar que había indicios racionales de criminalidad, aún sin desvelar datos acerca de confidentes, etc.

62 Vid. por todos el citado Caso FOX, CAMPBELL Y HARTLEY, 30-8-90, el Caso LAWLESS, 1-7-61, así como los Casos DE JONG, BALJET Y VAN DEN BRINK, 22-5-84, y KREPS, 26-7-2001

63 Acerca de este elemento de hecho o estado de cosas justificante que conforma los “indicios racionales”, y la opción dogmática a favor de la *Tatverdachtlösung* o solución de la sospecha fundada del hecho delictivo como necesaria base fáctica objetiva, vid. DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito, op. cit.*, esp. pp. 133 y ss. y 202 y ss.

cia de un delito, un hecho típico, antijurídico y culpable, para poder calificar de lícita la detención practicada por los agentes de policía; sin embargo, esta afirmación no puede conducirnos a la conclusión de que baste cualquier sospecha de que se ha cometido un hecho delictivo para poder practicar la detención del presunto autor.

La base del elemento objetivo de la causa de justificación ha de encontrarse en todo caso en una situación fáctica o en una serie de circunstancias objetivas, debiendo además ser éstas de tal entidad que fundamenten racionalmente y de forma suficiente la creencia por parte del agente de policía de que se ha cometido un hecho delictivo por la persona del detenido.

Hemos de rechazar pues de partida que se estime suficiente para que la aprehensión quede justificada el que se detenga por existir la “sospecha” o la “simple creencia”, sin base fáctica alguna, de que se ha cometido un hecho delictivo por el sujeto pasivo de la detención. La privación de libertad fundada en la mera sospecha, sin la presencia de dato objetivo alguno, nos conduciría a afirmar la comisión del delito de detención ilegal.<sup>64</sup>

En todo caso, es evidente que el tenor del art. 5 CEDH en este punto resulta demasiado escueto, pues no exige como presupuesto de la medida cautelar más que lo antedicho: sospechas objetivas y racionales de la comisión de un hecho delictivo; afortunadamente, las legislaciones nacionales establecen condiciones especiales o presupuestos añadidos que han de concurrir para la adopción de esta medida cautelar.<sup>65</sup> Recordemos que este apdo. c) habla de detención “conforme a derecho”, es decir, remite expresamente a las leyes nacionales, procesales y penales, para que establezcan las condiciones y presupuestos más concretos de la detención; tengamos presente también aquí la ya aludida condición de “Convenio de mínimos” del CEDH. El antiguo ordenamiento nicaragüense exigía, en el art. 83 CIC, que se tratara de un delito perseguible de oficio; el actual CPP presupone que en tales casos los ilícitos penales estén sancionados con penas privativas de libertad –vid. art. 231–.

Además del *fumus commisi delicti* en los términos fijados por cada ordenamiento nacional, si tenemos en cuenta la finalidad de la medida, a la que se refiere expresamente el art. 5.1 c), en relación con el apdo. 3º, para que la

---

64 Vid. una más amplia consideración de este particular en mi trabajo, DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, op. cit., pp. 202 y ss.

65 Vid. en mi trabajo *La detención por delito*, op. cit., pp. 78 y ss. y 202 y ss., la concreción del *fumus commisi delicti* en los ordenamientos español, alemán, italiano y francés.

interpretación de los presupuestos de la detención sea conforme con el objetivo que la justifica, y aunque no lo mencione el CEDH, deberá concurrir también en la práctica y mantenimiento de ésta otro de los presupuestos esenciales de las medidas cautelares personales: el *periculum libertatis*.<sup>66</sup> Así, para que la medida no sea desproporcionada por innecesaria para alcanzar los fines previstos, es requisito además que esta privación de libertad sea imprescindible para que el presunto autor de los hechos delictivos comparezca ante el órgano jurisdiccional.<sup>67</sup>

En el antiguo CIC el *periculum libertatis* se encontraba recogido en los arts. 165 y 172: peligro de fuga, de obstaculización de la averiguación de la verdad o de prosecución o reiteración de la actividad delictiva. Por su parte, el art. 173 CPP, al tratar la procedencia de la prisión preventiva, en su apdo. 3, dispone: El juez, a solicitud de la parte acusadora, podrá acordar la prisión preventiva si concurren las siguientes circunstancias (...): “3.- Presunción razonable, por apreciación de las circunstancias particulares, acerca de alguna de las tres siguientes situaciones:

- a) Que el imputado no se someterá al proceso, porque ha evadido o piensa evadir la justicia.
- b) Que obstaculizará la averiguación de la verdad, intimidando personas que deban declarar, ocultando elementos de convicción o de cualquier otra manera afectando el curso de la investigación, y,
- c) Cuando por las específicas modalidades y circunstancias del hecho y por la personalidad del imputado, exista peligro concreto de que éste cometa

---

66 Además de este peligro de fuga u ocultamiento que se puede deducir del tenor del art. 5.1 c), se consideran también compatibles con el Convenio, y por tanto podrían justificar la privación de libertad por lo que al *periculum libertatis* respecta, el peligro de ocultamiento o destrucción de pruebas y el de repetición del delito, siempre y cuando claro está, éstos sean mencionados en los ordenamientos nacionales como tales motivos de detención o prisión provisional. Recordemos que el art. 5.1 c) se refiere en un primer término a la detención o internamiento “conforme a derecho”. Vid. FROWEIN / PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, op. cit., p. 108, PEDRAZ PENALVA, E., *El derecho a la libertad*, op. cit., p. 112 y REINDL, S., *Untersuchungshaft...*, op. cit., p. 65. Vid. también por todos el Caso KEMMACHE, 27-11-91 y el reciente caso P.B. contra FRANCIA, 1-8-2000.

67 Nuevamente, en los términos que los ordenamientos de las Altas Partes Contratantes determinen. Acerca de la configuración del *periculum libertatis* en las leyes de enjuiciamiento criminal española y de los países de nuestro entorno jurídico, vid. DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, op. cit., esp. pp. 166 y ss.

graves delitos mediante el uso de armas u otros medios de intimidación o violencia personal o dirigidos contra el orden constitucional o delitos de criminalidad organizada o de la misma clase de aquel por el que se proceda, o de que el imputado continuará la actividad delictiva.

En todo caso el juez decretará la prisión preventiva, sin que pueda ser sustituida por otra medida cautelar, cuando se trate de delitos graves relacionados con el consumo o tráfico de estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas o con lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas.”

Los arts. 174 y 175 CPP concretan qué debemos entender por peligro de evasión o de obstaculización.

A la hora de valorar si el “imputado no se someterá al proceso, porque ha evadido o piensa evadir la justicia”, el juez deberá tener en cuenta las características personales del presunto autor o partícipe en los hechos así como las propias peculiaridades de la comisión delictiva. Así por ejemplo, además de lo expresamente enunciado en el art. 174 CPP, habrá que considerar si el sujeto opera en el marco de un grupo de criminalidad organizada, pues tal circunstancia facilitaría los contactos en el extranjero y la disponibilidad de medios materiales que facilitarían la fuga u ocultamiento del sujeto. Por otro lado, el juez deberá también tener en cuenta el arraigo social o familiar del sujeto, su estado de salud, su situación económica o laboral, y en definitiva todas aquellas circunstancias que facilitarían o por el contrario no propiciarían su huída.

En cuanto a la valoración por el juez de la posibilidad de que se obstaculice la averiguación de la verdad “intimidando a personas que deban declarar, ocultando elementos de convicción o de cualquier otra manera afectando el curso de la investigación”, éste deberá tener especialmente en cuenta, al igual que en el apartado anterior, si el sujeto pertenece a un grupo de criminalidad organizada, por las mismas razones antes expuestas. Además de esta circunstancia y de las expresamente mencionadas en el art. 175, deberá ser considerado con especial atención el hecho de que el presunto autor o partícipe en los hechos disfrute de una posición de prevalencia o de dominio, del tipo que sea –afectiva, laboral, económica, etc.–, sobre la víctima, testigos o cualquier otra persona que pudiera declarar acerca de los mismos o intervenir en su enjuiciamiento. Por otro lado, al ponderar las posibilidades de obstaculizar la averiguación de la verdad de los hechos será también determinante el grado de conocimiento que de los mismos se tenga hasta la fecha, así como la entidad y relevancia de los datos que se estima quedan por averiguar.

Por último, y como ha puesto particularmente de relieve el legislador en el art. 175, el peligro de oscurecimiento u obstaculización de la investigación de los

hechos sólo podrá justificar la adopción y vigencia de una medida cautelar personal hasta la finalización del juicio.

En el apartado c) de este precepto se recoge el que genéricamente se conoce como peligro de reiteración delictiva o de futura comisión de hechos graves con determinada tipificación en el Código Penal. El legislador nicaragüense ha estimado pertinente justificar la imposición de una medida cautelar tan grave como la prisión provisional en el “peligro concreto de que éste cometa graves delitos”, delitos “de la misma clase de aquel por el que se proceda”, o más genéricamente en la presunción de que “el imputado continuará con la actividad delictiva”. En definitiva, cuando las específicas modalidades y circunstancias del hecho y la personalidad del imputado así lo fundamenten, el órgano jurisdiccional podrá ordenar la privación de libertad del presunto responsable de los hechos, no precisamente para asegurar los fines del proceso penal, sino como medida puramente preventiva que tendría su fundamento real en una *supuesta peligrosidad* del imputado, en la que el legislador considera *probable delincuencia futura*, con todo lo que ello implica si se trata de razonar a la luz del principio constitucional y derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por otro lado, la referencia a las “específicas modalidades y circunstancias del hecho” podría dejar entrever una referencia velada a la adopción de la prisión provisional con base en la que tradicionalmente se ha conocido como la *alarma social* causada por los hechos presuntamente delictivos. Tal circunstancia suele ser definida como la reacción que se produce en la sociedad ante el delito, repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos, o como la irritación social o inseguridad ciudadana provocada por la comisión de un hecho. La doctrina viene considerando mayoritariamente que fundamentar una privación de libertad cautelar únicamente en dicha circunstancia haría que tal actuación pudiera ser en realidad calificada de medida de seguridad con finalidad de prevención general, lo que no se cohonesta bien con la debida ubicación de la prisión provisional en el marco de las medidas cautelares personales y con la necesaria vigencia del principio de proporcionalidad en este ámbito.

Para finalizar, en el último párrafo de este artículo 173 CPP se recogen ciertos supuestos en que el juez tiene la obligación en todo caso de decretar la prisión provisional, sin que pueda ser sustituida por otro tipo de cautela. Es decir, el mero hecho de que se imputen graves delitos relacionados con el consumo o tráfico de estupefacientes, sicotrópicos u otras sustancias semejantes, o con el lavado de dinero y activos procedentes de actividades ilícitas justificarían la obligatoria imposición de la cautela, aunque en el supuesto concreto no concurriesen riesgos que hicieran presumir que peligran los fines del proceso y a pesar de que de las circunstancias personales específicas se pudiera deducir que no hay riesgo de fuga u obstaculización y que no concurre ninguno de los

demás fines legítimos que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad.

A pesar de la incuestionable gravedad de los hechos enunciados en este último párrafo y del potencial riesgo de fuga, obstaculización o reiteración que caracteriza la comisión de este tipo de delitos, estimamos que en todo caso, y en aplicación del principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional debería valorar las circunstancias objetivas y personales en el supuesto de que se trate y ver si en el caso concreto de imputación de este tipo de delitos concurren los presupuestos que constitucionalmente justifica la adopción de una medida cautelar tan grave como ésta. La adopción de la prisión provisional de modo automático, sin atender a las peculiaridades del supuesto concreto puede llevar a la imposición de cautelas excesivas, y que constituirían un abuso de poder precisamente por ese injustificado exceso para alcanzar un fin que puede ser legítimo, y que quizá se lograría también con una medida menos gravosa.

Para terminar de delimitar esta concreción del *fumus commisi delicti* y del *periculum libertatis* en los supuestos de privación cautelar de la libertad ambulatoria, debemos insistir en la necesidad de que los citados motivos estén objetiva y razonadamente fundados. Por otro lado, el TEDH ha manifestado que basta para afirmar la regularidad de la medida con que los presupuestos de la cautela estén presentes en el momento de la adopción y durante el mantenimiento de la misma,<sup>68</sup> de tal forma que una ulterior desaparición de los motivos que la sustentaron en un inicio, la no-formulación de la correspondiente acusación, o incluso la absolución, no obstaban para afirmar la licitud y pertinencia de la medida en el momento en que se adoptó,<sup>69</sup> hemos de tener en cuenta que al practicar una detención se toma lo que la doctrina alemana califica de una “decisión de pronóstico”.<sup>70</sup>

---

68 Vid. por ejemplo los Casos STOGMÜLLER, 10-11-69, BROGAN Y OTROS, 29-11-88, MURRAY, 28-10-94.

69 Concretamente en el Caso BROGAN Y OTROS, 29-11-88, los recurrentes sostuvieron que su arresto no se debió a los indicios racionales de comisión de un delito exigibles, pues al finalizar el período de detención policial no se había formulado la correspondiente acusación. El TEDH consideró que todos los recurrentes habían sido interrogados sobre su participación en los hechos presuntamente terroristas y pertenencia a grupos criminales y que, a pesar de su ulterior puesta en libertad, sí habían concurrido en la adopción y mantenimiento de la medida las sospechas exigibles a la luz del art. 5.1 c) CEDH.

70 “Prognoseentscheidung”, vid. por todos LINGEMANN, M., *Die Gefahrenprognose als Basis eines polizeilichen Beurteilungsspielraumes?*, Bochum, 1985.



Otras circunstancias que según este apdo. c) permiten la práctica de una detención son que ésta se estime necesaria para impedir que un sujeto cometa una infracción, o que huya inmediatamente después de haberla cometido; es decir, el art. 5 CEDH se refiere también expresamente a la posibilidad de detener al autor de un delito que es sorprendido *in fraganti*.

Lógicamente el Convenio no define qué debe entenderse por flagrancia, y tampoco lo han hecho los órganos encargados de su interpretación; quienes sí contendrán tal definición con más o menos precisión son los ordenamientos de los Estados firmantes. En todo caso, como concepto jurídico que permite la limitación de un derecho fundamental, deberá interpretarse siempre restrictivamente.

Anteriormente el art. 85 CIC disponía: “Se entenderá delincuente infraganti el que fuere hallado en el acto mismo de estar perpetrando el delito o de acabar de cometerlo, o fuere perseguido por el clamor público como autor o cómplice del delito o se le sorprendiere con las armas, instrumentos, efectos o papeles que hicieren presumir ser tal. Pero no se tendrá por infraganti, si hubieren pasado veinticuatro horas desde la perpetración del delito”. En el art. 231 del vigente CPP puede leerse: “Procederá la detención por la Policía Nacional, sin necesidad de mandamiento judicial, cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo, sea perseguido huyendo del sitio del hecho o se le sorprenda en el mismo lugar o cerca de él con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir su participación inmediata en el hecho”.

El *fumus commisi delicti* o razonada atribución del hecho delictivo a una determinada persona viene dado en este supuesto por la evidente participación de un sujeto en un hecho delictivo, la cual necesariamente deberá ser apreciada por el que detiene, constituyendo el título de imputación el sorprendimiento en flagrancia del sujeto, es decir, la percepción sensorial directa de la comisión de un hecho presuntamente delictivo por un tercero, existiendo además inmediatez temporal y personal o espacial.<sup>71</sup>

Así para que la Policía o cualquier persona –en estos casos se admite la detención por particulares– pueda detener al presunto autor de un delito por concurrir una situación de flagrancia, es necesario que éstos hayan apreciado a

---

71 Vid. una exposición más detallada del concepto de flagrancia y abundante bibliografía específica, en DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito, op. cit.*, pp. 80 y ss., y más recientemente en “Análisis comparado de la situación de flagrancia”, en *Revista de Derecho* de la Universidad Austral de Chile, diciembre 2001, vol. XII, pp. 137 y ss.

través de los sentidos la perpetración de un hecho delictivo, bien la totalidad o una parte del proceso de ejecución, o al menos la producción ya consumada de un delito que tuvo lugar instantes antes, siempre y cuando en este caso exista conexión material directa e inmediata –huellas, instrumentos, vestigios– entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión, de tal forma que tales circunstancias evidencien su participación en los hechos.

Por lo que respecta concretamente a la exigible inmediatez temporal, será necesario que el que practique la detención haya apreciado toda o una parte del proceso de ejecución del acto delictivo,<sup>72</sup> o al menos la producción ya consumada de un delito que tuvo lugar instantes antes –*post factum immediato*–, siempre y cuando en este caso exista conexión material directa e inmediata –v.gr.: huellas o instrumentos– entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión, de tal forma que tales circunstancias evidencien su participación en el hecho punible. Resulta por tanto decisivo en este orden de cosas la exigencia de que el espacio de tiempo transcurrido entre la consumación del delito y el descubrimiento de la comisión sea muy corto, ya que de esta manera no habrá dudas acerca de la atribución de los hechos a la persona que se encuentra directamente relacionada con los mismos. Por otro lado, debemos valorar negativamente el hecho de que se haya eliminado del CPP el límite temporal a la situación de flagrancia que el antiguo CIC establecía en su art. 85: “no se tendrá por infraganti, si hubieren pasado veinticuatro horas desde la perpetración del delito”.

En cuanto a la aludida inmediatez personal o espacial, ésta conlleva la exigencia de que al producirse el sorprendimiento el presunto delincuente esté en el lugar de comisión del delito, o todo lo más en sus inmediaciones, y en situación tal respecto al objeto o a los instrumentos del mismo que ello ofrezca una acreditación *prima facie* de su participación en el hecho delictivo. No sería incompatible con el requisito de la inmediatez personal el hecho de que la aprehensión material del autor se produzca después de una persecución iniciada inmediatamente después de apreciarse la comisión del hecho delictivo, incluso estando ya lejos del lugar de los hechos y transcurrido un tiempo desde el descubrimiento de la comisión.

Además, el hecho delictivo que se pretende evitar o perseguir ha de ser determinado, concreto y específico;<sup>73</sup> este precepto no autoriza medidas de

---

72 Siquiera tentativa o actos preparatorios punibles.

73 De “una infracción” habla el art. 5.1 c) CEDH.

prevención general, es decir, privaciones de libertad con la sola sospecha genérica de que una persona o grupo de personas pueda tener “intenciones delictivas”.<sup>74</sup> Por otro lado, en los casos en que el autor es sorprendido intentado la comisión de un hecho delictivo, para poder proceder a su detención, deberá tratarse al menos de un supuesto de tentativa punible y no de meros actos preparatorios impunes.

Nos resta por último indicar que, para ser compatible con el Convenio, la finalidad de estas modalidades de detención aludidas en el art. 5.1 c) ha de ser, además de eventualmente impedir la comisión de un hecho delictivo o que huya después, hacer comparecer al presunto autor del hecho delictivo ante “la audiencia judicial competente”.<sup>75</sup> Como veremos, este apdo. 5.1.c) guarda una directa y expresa relación con el 5.3, el cuál por cierto no se refiere a la conducción del detenido ante la *audiencia judicial competente*, sino a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales.<sup>76</sup> Cuando analicemos el apdo. 3º de este art. 5 abordaremos esta cuestión, verdadera garantía para el detenido, así como la relativa al plazo de duración de esta medida cautelar personal —*deberá ser conducida sin dilación*—.

---

74 Vid. por todos los Casos WINTERWERP, 24-10-79, GUZZARDI, 6-11-80 y CIULLA, 22-2-89. Insisten también en la necesidad de evitar la adopción de medidas de prevención, general o especial, no fundadas en hechos delictivos concretos, PEUKERT, *EMRK-Kommentar, op. cit.*, p. 111; DE SALVIA, *Lineamenti di diritto...*, *op. cit.*, p. 112 y REINDL, S., *Untersuchungshaft...*, *op. cit.*, p. 63.

75 Destaca la doctrina que en los tres supuestos de detención aquí previstos, por la sospecha de que ha cometido un delito, para impedir que lo haga o que huya después, la finalidad de la privación de libertad es conducir al detenido ante la autoridad judicial competente, vid. REINDL, S., *Untersuchungshaft...*, *op. cit.*, pp. 54 y ss. Vid. ya en el Caso LAWLESS, 1-6-61: “qu’il en résulte clairement l’obligation de traduire devant un juge —soit en vue de l’examen du problème de la privation de liberté, soit en vue d’un jugement sur le fond—”.

76 Vid. sobre este extremo los arts. 231 apdos. 2 y 5: “En los casos de flagrancia previstos en el párrafo anterior, cualquier particular podrá proceder a la detención, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad. Acto seguido deberá entregar al aprehendido a la autoridad más cercana”. “Cuando se produzca la detención de una persona, los funcionarios policiales deberán informar en un término no superior a las doce horas al Ministerio Público de las diligencias efectuadas y presentar en el plazo constitucional al imputado al juez competente”. Sobre este extremo el CIC disponía lo siguiente: el art. 84 CIC, para los supuestos de detención in fraganti por particulares: “Cualquier ciudadano podrá detener a los reos de delito que dan lugar a procedimiento de oficio, cogidos infraganti, para presentarlos al juez local o juez de distrito, o a la autoridad o funcionario judicial más inmediato...”; el art. 87 CIC establecía que si no se cumplía el plazo fijado en los arts. 83 y 84 sin motivo justo “incurrirá en las penas de detención ilegal”.

**4. En aplicación del apdo. d) del art. 5.1, la detención cuya finalidad es posibilitar el internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o bien hacerle comparecer ante la autoridad competente**

Debemos distinguir en este precepto dos circunstancias que permiten la detención de un menor:<sup>77</sup> la privación de libertad de corta duración con la finalidad de hacer posible su ulterior internamiento por orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o bien con la finalidad de asegurar su comparecencia ante la autoridad competente. Veamos qué interpretación se ha hecho de tales circunstancias habilitantes de la detención y cuáles son las finalidades que ha de perseguir la privación de libertad del menor para que se considere conforme con el art. 5 CEDH que nos ocupa.

Como destaca TRECHSEL<sup>78</sup> la privación de libertad prevista en el apdo. d) deberá tener siempre por finalidad, directa o indirectamente,<sup>79</sup> la educación del menor –*educational purpose*–, es decir, la aplicación de métodos pedagógicos que proporcionen una influencia beneficiosa sobre el desarrollo del menor. Lo antedicho excluiría la privación de libertad para la adopción de medidas puramente punitivas, y exige también que el eventual internamiento se vaya a producir en instituciones adecuadas a tal fin y que cuenten con el personal idóneo para tal tarea educativa.<sup>80</sup>

---

77 Los órganos encargados de la interpretación del Convenio no han concretado expresamente hasta la fecha qué deben entender las Altas Partes Contratantes por “menor” en el ámbito de aplicación de este precepto; así pues, deberá considerarse al respecto la ley nacional aplicable. El art. 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece lo siguiente: “El presente Código considera como niña y niño a los que no hubiesen cumplido los 13 años de edad y adolescentes a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad, no cumplidos”. Acerca de este sistema de justicia penal especializada en Nicaragua, vid. por todos el trabajo de CUAREZMA TERÁN, S., *Aclarando interrogantes sobre la nueva justicia penal de adolescentes*, Managua, 1999.

78 “Liberty and Security of Person”, *op. cit.*, p. 306.

79 Indirectamente, bien porque el menor deba ser llevado previamente ante la autoridad legal competente para decidir las medidas educativas que se deben adoptar, o bien porque en principio la detención tenga por finalidad asegurar el traslado del menor al lugar donde en efecto se llevarán a cabo tales medidas. Vid. el Caso BOUAMAR, 29-2-88: A juicio del TEDH “el párrafo d) no se opone a una medida provisional de custodia previa a un régimen de educación vigilada sin tener en sí esa naturaleza. Sin embargo, en este caso, el internamiento debe desembocar rápidamente en la aplicación efectiva de un régimen así en el medio adecuado –abierto o cerrado– que cuente con los recursos suficientes para cumplir su finalidad”.

80 Vid. expresamente el citado Caso BOUAMAR, 29-2-88, donde el TEDH manifestó con claridad que el repetido –hasta nueve veces– internamiento preventivo del joven BOUA-

Tal finalidad educativa de las actuaciones jurisdiccionales en este orden se destaca también en el art. 101 CNA, en el Capítulo dedicado a los derechos y garantías fundamentales del adolescente sujeto a la justicia penal, donde se dispone lo siguiente: apdo. e) “A recibir información clara y precisa del Juzgado Penal de Distrito del Adolescente, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como el contenido y las razones, incluso ético sociales de las decisiones de tal forma que el procedimiento cumpla su *función educativa* so pena de nulidad de lo actuado”; apdo. g) “A que toda medida que se le imponga tenga *como fin primordial su educación*”.

La necesidad de que se cuente con las instalaciones adecuadas encuentra también plasmación, por ejemplo, en el art. 111 CNA: “Los adolescentes mayores de 15 y menores de 18 años, tienen derecho, en caso de que se les restrinja su libertad de manera provisional o definitiva, a ser ubicado en *un centro destinado exclusivamente para adolescentes*. De ser detenido por la policía, en los casos de flagrante delito, ésta destinará *áreas exclusivas para los adolescentes*<sup>81</sup> y los deberá remitir en el término no mayor de veinticuatro horas al *centro de detención provisional de adolescentes*”.

El CNA establece también que el adolescente gozará de libertad desde el período de investigación y durante el proceso penal, siendo por tanto la detención provisional algo excepcional, aplicándose a aquellos hechos delictivos cuya medida podría implicar privación de libertad, y sólo si no fuera igualmente eficaz una medida menos gravosa –art. 142 CNA–. Además, hay que considerar en todo momento que el Código prohíbe a la Policía detener a un adolescente sin orden de un juez, salvo en los casos de delito flagrante –arts. 101 h) y 127 CNA–.

Por otro lado, el apartado del art. 5 CEDH que nos ocupa establece una modalidad de detención preventiva –“con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente”– que difiere sustancialmente de la prevista en el apdo.

---

MAR no cumplía con las exigencias del art. 5.1.d) porque los centros donde tuvieron lugar no contaban con los medios y personal adecuado para la finalidad educativa que debían tener los internamientos. El TEDH consideró por tanto que tales privaciones de libertad habían sido irregulares por contravenir lo dispuesto en el art. 5.

81 Por “área exclusiva” debe entenderse aquel espacio físico en que el adolescente detenido provisionalmente no se encuentre mezclado con adultos, art. 127 CNA. Vid. CUAREZMA TERÁN, S., *Aclarando interrogantes...*, op. cit, p. 32.

c), ya que no se exige aquí que la “autoridad competente” sea judicial o que concurren “indicios racionales” de la comisión de un delito; además no son aplicables a estos supuestos las garantías previstas en el art. 5.3 CEDH.<sup>82</sup> Sí se recuerda expresamente sin embargo la necesidad de que esta detención sea “conforme a derecho”.

**5. En aplicación del apdo. e) del art. 5.1, la detención cuya finalidad es posibilitar el internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo**

Será posible la detención también en estos casos, o bien como estricta medida cautelar, es decir, para asegurar la efectividad de un pronunciamiento posterior de la autoridad competente que en su caso ordene el internamiento conforme a derecho,<sup>83</sup> o bien como medida instrumental para ejecutar una orden de internamiento que ya ha sido debidamente emitida.

La primera de las circunstancias habilitantes de estas detenciones del párrafo e) es que se trate de una “persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa”.

Hasta la fecha no ha habido pronunciamientos del Tribunal sobre este subapartado, por lo que deberemos fijarnos para su análisis en los comentarios e interpretaciones que la doctrina nacional y extranjera ha hecho sobre el mismo.

En cuanto a los posibles sujetos pasivos de la medida, se viene considerando que no sólo pueden ser privadas de libertad personas ya enfermas, sino también aquellas que se teme estén contagiadas porque hayan estado en contacto con enfermos o de alguna forma expuestas a la enfermedad, y que por tanto puedan llegar a padecerla y a su vez propagarla,<sup>84</sup> si bien en estos casos la privación de libertad podrá durar naturalmente sólo el tiempo estrictamente imprescindible para averiguar si existe tal riesgo de propagación.

---

82 Pone de relieve estas importantes diferencias, TRECHSEL, S., “Liberty and Security of Person”, *op. cit.*, p. 307.

83 Por ejemplo, el personal sanitario, con el objeto de proteger la salud pública y cuando concurren indicios racionales de que la persona padece una enfermedad infecto-contagiosa grave, podrá detener al paciente, es decir, privarle de su capacidad de abandonar el centro médico o dependencias en que se encuentre hasta que se adopten las medidas definitivas oportunas por la autoridad correspondiente.

84 Vid. TRECHSEL, S., “Liberty and Security of Person”, *op. cit.*, pp. 307 y 308; FROWEIN / PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, *op. cit.*, p. 114; VELU / ERGEC, *La Convention européenne...*, *op. cit.*, nº 330.

Por lo que a la modalidad de enfermedad respecta, aunque el apdo. e) no lo concrete, es obvio que ha de tratarse del peligro de que se expanda entre la ciudadanía una enfermedad contagiosa grave, no por ejemplo una vulgar gripe. En cuanto al SIDA, a pesar de que sin duda es actualmente una de las enfermedades contagiosas más graves que afectan a la humanidad, lo cierto es que, a diferencia de otras como el cólera, la fiebre amarilla o la peste, se transmite sólo por un limitado número de cauces o conductas, y la protección o prevención de contagios es posible efectivamente, de tal forma que no puede considerarse entre las que el CEDH califica de “enfermedades contagiosas” a efectos de permitir la privación de libertad, siquiera cautelar, de los afectados por ella.<sup>85</sup>

También alude este precepto a la posible privación de libertad del “enajenado”.

El concepto de enajenado o de enfermo mental<sup>86</sup> tampoco ha sido concretado por los órganos del Convenio y, como el de enfermo infecto-contagioso grave, es tributario de elementos extrajurídicos: las pericias de los especialistas, los progresos en la investigación psiquiátrica, la evolución de la actitud que la sociedad adopta ante estos supuestos, etc.<sup>87</sup>

Así pues, una vez más, serán las autoridades nacionales quienes determinen, por un lado, la amplitud del término y, por otro, cuál ha de ser concretamente el procedimiento a seguir para el internamiento,<sup>88</sup> que deberá respetar en todo caso las siguientes condiciones mínimas.<sup>89</sup>

---

85 Vid. TRECHSEL, S., “Liberty and Security of Person”, *op. cit.*, p. 308, quien considera además que únicamente en casos extremos, es decir, si los infectados demostraran actitudes irresponsables o temerarias, podría un internamiento estar justificado. Consúltese además específicamente, SCULLY, A., “Human Rights, HIV and AIDS”, *Understanding Human Rights*, GEARTY, C. / TOMKINS, A., (ed.), London, New York, 1996, pp. 336 y ss., esp. pp. 345 y ss.

86 De *alienato*, *Geisteskrank*, *unsound mind* o *aliéné* hablan respectivamente las versiones italiana, alemana, inglesa y francesa del Convenio.

87 Vid. DEL SALVIA, M., *Lineamenti di Diritto europeo...*, *op. cit.*, p. 113, y expresamente el Caso WINTERWERP, 24-10-79.

88 Precisamente en el Caso VAN DER LEER, 21-2-90, el TEDH condenó a Holanda por vulneración del art. 5.1 con los siguientes argumentos: al abordar los requisitos de “regularidad” u observancia del “procedimiento legalmente establecido” –*régularité, voies légales*–, “el Convenio remite esencialmente a la legislación nacional, y consagra la obligación de respetar las normas de fondo y de procedimiento en ella establecidos, pero exige además la conformidad de toda privación de libertad con la finalidad del art. 5: proteger a la persona contra la arbitrariedad”. Y prosigue diciendo el Tribunal, concretamente en relación con los fundamentos fácticos del caso

En primer lugar, salvo casos de urgencia,<sup>90</sup> es decir, de peligro inminente para la ciudadanía o para el propio enfermo,<sup>91</sup> antes de proceder al internamiento, la autoridad competente, previa pericia psiquiátrica, deberá disponer la pertinencia del mismo. Además, la alteración mental ha de ser de tal entidad que realmente justifique la medida; dicho de otro modo, ha de ser proporcionada al fin que persigue: evitar un peligro para el propio enfermo o para otras personas. En tercer lugar, la privación de libertad durará lo imprescindible y desaparecerá en cuanto lo hagan los motivos que justificaron su adopción.<sup>92</sup> Por último, el internamiento del enfermo mental deberá desarrollarse en un centro adecuado, hospital u otro lugar donde pueda recibir el tratamiento preciso para el tipo de enfermedad diagnosticada.<sup>93</sup>

En cuanto a la privación de libertad de “alcohólicos” y “toxicómanos”, hemos de decir que tampoco los órganos del Convenio se han pronunciado hasta la

---

VAN DER LEER: “A pesar de las prescripciones al respecto en la ley aplicable acerca de los enajenados, el juez cantonal no escuchó a la Sra. Van der Leer antes de autorizar a su internamiento, a pesar de que no concurrían las condiciones legales que le permitían no practicar tal audiencia; al menos hubiera debido indicar el juez en su resolución las razones que le llevaban a no hacerlo, pues la opinión del psiquiatra era diferente”. Y concluye el Tribunal: “Se ha violado el art. 5.1 (...) al haber constatado este vicio de forma esencial”.

- 89 Condiciones mínimas para afirmar la regularidad de la detención de un enajenado que el Tribunal suele recordar en casi todas sus resoluciones sobre este apdo. e) del art. 5; vid. por todos los Casos WINTERWERP, 24-10-79, LUBERTI, 23-2-84, ASHINGDANE, 28-5-85.
- 90 Vid. el Caso X contra el REINO UNIDO, 5-11-81: La expresión “salvo caso de urgencia” ha de interpretarse restrictivamente, como una excepción en aquellos casos en que no puede obtenerse el informe médico completo antes de tener que proceder al arresto o detención. “En tales circunstancias, los imperativos de protección del público prevalecen sobre la libertad individual, hasta el punto de legitimar un internamiento de urgencia que no se rodee de las garantías habituales que implica el art. 5.1 e)”. Véase también el Caso WINTERWERP, 24-10-79.
- 91 En los que en todo caso deberán concurrir al menos indicios racionales, objetivamente fundados, de que el sujeto padece una enfermedad mental grave que puede suponer un peligro para sí mismo o para sus conciudadanos.
- 92 Acerca de los requisitos relativos al informe médico, peligro y duración imprescindible, vid. más ampliamente TRECHSEL, S., “Liberty and Security of Person”, concretamente la determinación que realiza de los conceptos de *evidence of mental illness*, *element of danger* y *element of continuity*, *op. cit.*, pp. 309 y 310.
- 93 Vid. concretamente el Caso ASHINGDANE, 28-5-85, en el que se indica que para que el internamiento del enfermo mental pueda considerarse “conforme a derecho” –*lawful*– debe tener lugar en un hospital, clínica u otro lugar adecuado, autorizado para tales tratamientos y con el personal cualificado para ello.



fecha sobre este supuesto, y por ende no han definido qué debemos entender por tales adicciones. Lo que sí parece claro es que deberán darse, *mutatis mutandis*, circunstancias similares a las expuestas para considerar regulares los internamientos de enfermos infecto-contagiosos o mentales, destacadamente el peligro para ellos mismos o para terceros.<sup>94</sup>

Por último, en relación con los que este apdo. e) denomina “vagabundos”,<sup>95</sup> deberemos fijarnos para su intelección concretamente en la STEDH Caso DE WILDE, OOMS Y VERSYP, 18-6-71, donde se analizó el internamiento de tres sujetos que según el Tribunal podían recibir tal calificativo.

De nuevo, no se concreta en tal resolución qué deben entender las Altas Partes Contratantes por “vagabundo” –*vagrant, vagabondo, vagabond, Lands-treicher*– remitiéndose a las legislaciones nacionales aplicables, materiales y procedimentales, que en todo caso deberán respetar los mandatos genéricos del art. 5 CEDH.

En el Caso referido, el Tribunal consideró que la definición del art. 347 del Código Criminal Belga era compatible con el art. 5 del Convenio; según el citado Código, “vagabundos” son aquellas personas que no tienen domicilio fijo, ni medios de subsistencia, ni negocio o profesión habitual.<sup>96</sup>

Debemos llamar la atención sobre el hecho de que tal descripción se encuentre en un código penal, lo que parece abonar la sospecha de que el legislador belga considera que tal internamiento se basa en la idea de que estas personas, al no tener medios de subsistencia, deberán robar para conseguirlos; esta idea o fundamento del internamiento no se cohonesto muy bien con la presunción de inocencia en tanto no se pruebe la comisión de tales hechos delictivos.<sup>97</sup>

Para finalizar el análisis de los diversos supuestos de detención que pueden producirse en el marco del apdo. e) del art. 5, quizá resulte oportuno recapitular alguna de las notas comunes a todos ellos:

---

94 Vid. TRECHSEL, S., “Liberty and Security of Person”, *op. cit.*, p. 311, y PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a la libertad y seguridad...”, *op. cit.*, p. 125.

95 Por cierto, expresión totalmente caduca.

96 En el Caso GUZZARDI, 6-11-80 el TEDH rechazó el argumento del Gobierno italiano según el cual una persona sospechosa de estar relacionada con la mafia podía, sólo por esta razón, ser considerada “vagabundo”.

97 Así lo expone TRECHSEL, S., “Liberty and Security...”, *op. cit.*, p. 311.

Como en los demás apartados analizados, esta privación de libertad deberá producirse preferiblemente previa orden de la autoridad competente para disponer el internamiento;<sup>98</sup> sin embargo, si por evidenciarse un peligro inminente para la ciudadanía o para el propio sujeto a detener fuera imprescindible la detención cautelar previa, ésta durará lo estrictamente necesario para obtener la orden de internamiento correspondiente. Una vez producido el internamiento, la autoridad competente controlará la pertinencia y circunstancias del mismo de forma periódica, en los plazos que establezcan las legislaciones nacionales.<sup>99</sup>

Además, como hemos reiterado, la condición de enfermo infecto-contagioso, enajenado, etc., deberá acreditarse con el correspondiente informe pericial, en el cual deberá constar además que la gravedad de la situación hace imprescindible el internamiento del sujeto, que deberá durar lo estrictamente necesario para la consecución de la finalidad que en cada caso persigue la privación de libertad y tener éste lugar en los establecimientos adecuados, con el personal y tratamiento idóneo para cada situación.

## **6. En aplicación del apdo. f) del art. 5.1, la detención cuya finalidad es impedir que una persona entre ilegalmente en el territorio, o bien posibilitar la ejecución de la resolución que ponga fin a un procedimiento de expulsión o extradición en curso**

Comenzando por la primera modalidad de detención aquí mencionada, la privación de libertad de corta duración cuya finalidad estrictamente es impedir que una persona entre de forma ilegal en el territorio de un Estado, hemos

---

98 La que lo sea a la luz de cada legislación aplicable, judicial o administrativa. En todo caso ha manifestado el TEDH por ejemplo en el citado Caso DE WILDE, OOMS Y VERSYP, 18-6-71, cuando la orden de internamiento pueda proceder según la ley nacional de una autoridad administrativa, debe garantizarse al privado de libertad la posibilidad de plantear un recurso ante un órgano jurisdiccional que resuelva en breve plazo sobre la legalidad de la privación de libertad, o en su caso disponga la puesta en libertad.

Por lo que al derecho español respecta, debemos considerar lo que establecen los arts. 17 y 25.3 CE. Concretamente en relación con el internamiento por razón de trastorno psiquiátrico, el art. 211 CC exige como es sabido previa autorización *judicial*, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida, "de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y en todo caso dentro del plazo de 24 horas". Vid. también el art. 763 de la Nueva LEC 1/2000 y más ampliamente el reciente trabajo de PERCELLAR GIMÉNEZ, E., "El procedimiento de internamiento por razón de trastorno psiquiátrico", [www.boschce.es](http://www.boschce.es), febrero 2000.

99 Vid. por ejemplo los Casos X contra el REINO UNIDO, 15-11-81, o LUBERTI, 23-2-84.

de decir una vez más que no se conoce hasta el momento jurisprudencia del TEDH dictada concretamente en aplicación de este subapartado.

La doctrina considera<sup>100</sup> que la detención gubernativa y preventiva podría tan sólo estar justificada en estos casos durante el tiempo estrictamente imprescindible para averiguar si la entrada de esa persona en el país está permitida. Si se concluyera que puede hacerlo, cesará naturalmente de forma inmediata la privación de libertad; si por el contrario la autoridad competente decide que esos detenidos en los puestos de control fronterizo no pueden, en aplicación de la normativa nacional, entrar en el país, proseguiría la privación de libertad ahora con la finalidad de posibilitar la ejecución de la resolución que pusiera fin a un procedimiento de expulsión.

Naturalmente, y para no vulnerar el Convenio, esta detención deberá reunir los requisitos ya expuestos: ser acordada por la autoridad competente, tener la finalidad aludida, respetar escrupulosamente la legislación aplicable, procedimental y material, y durar el tiempo estrictamente imprescindible para decidir si la persona podrá entrar en el territorio nacional o deberá ser objeto de un procedimiento de expulsión.<sup>101</sup>

La segunda modalidad de privación de la libertad ambulatoria prevista en este apdo. f) que nos ocupa es la que tiene lugar, conforme a derecho,<sup>102</sup> con la finalidad de asegurar la ejecución de la orden que ponga fin a un procedimiento de expulsión o de extradición de un extranjero,<sup>103</sup> ya en curso y que transcurre con la debida diligencia y celeridad.<sup>104</sup>

---

100 Vid. por ejemplo TRECHSEL, S., "Liberty and Security of Person", *op. cit.*, pp. 311 y 312.

101 En la Sentencia 174/1999, de 27 septiembre, el TC español se pronunció acerca de la detención de un sujeto en la "Sala de rechazados" del aeropuerto. Concretamente, a la vista de las circunstancias de hecho, que eran de efectiva privación de libertad, calificó de *detención preventiva* el estado de *compulsión personal* en que se encontraba quien se hallaba en situación de estancia forzosa en la zona de tránsito o "Sala de rechazados" de un aeropuerto –no precedida de orden de expulsión o devolución–, siéndole por ende de aplicación a esta persona las garantías constitucionales en materia de duración máxima de la detención preventiva y posibilidad de incoar el procedimiento de *habeas corpus*.

102 Vid. nuevamente, ahora en el Caso BOZANO, 18-12-86, la estrecha vinculación existente entre el derecho a la libertad ambulatoria y el derecho a la seguridad o interdicción de la arbitrariedad.

103 En aplicación de lo dispuesto en el art. 3 del Protocolo núm. 4º, nadie podrá ser expulsado del territorio del que es nacional, ni se podrá impedir que entre en dicho territorio.

104 TRECHSEL, citando a su vez a la Comisión en los Casos LYNAS y KOLOMPAR,

Por otro lado el TEDH ha insistido en sus pronunciamientos acerca de estos casos en que a él le corresponde velar por el respeto del art. 5 CEDH, y consiguientemente por el cumplimiento de la legalidad nacional que permite la privación de libertad con las finalidades citadas, pero recuerda que no es competencia suya entrar a valorar las concretas causas de expulsión o extradición que cada Estado haya determinado.<sup>105</sup> Estas circunstancias han llevado a PEUKERT<sup>106</sup> a afirmar que, como en el apdo. a), el apdo. f) establece una “simple garantía formal”; es decir, trata de evitar que se produzcan privaciones de libertad que no estén justificadas por la intención de hacer posible uno de los fines mencionados en el precepto. Los órganos convencionales se limitarán entonces a fiscalizar si la privación de libertad tiene fundamento legal y si por ende no es arbitraria.<sup>107</sup>

Finalmente, aunque se tratará con más detalle al analizar el apdo. 5.4 CEDH, conviene aquí también recordar, por ser una de las principales garantías del privado de libertad por orden administrativa, que todo extranjero podrá cuestionar ante la autoridad judicial la regularidad de la situación de detención o internamiento en que se encuentre.<sup>108</sup>

### III. Derechos de los detenidos

Como se expuso al inicio de este trabajo, el derecho a la seguridad o a la interdicción de la arbitrariedad conlleva que, entre otras cosas, el que *de facto*

---

destaca que si los procedimientos de extradición o expulsión no son seguidos con la debida diligencia, la privación de libertad dejará de estar justificada a la luz del art. 5.1 f). Vid. más ampliamente, “Liberty and Security of Person”, *op. cit.*, pp. 313 y s. Vid. también, en los mismos términos, el Caso QUINN, de 22-3-95, o el Caso SCOTT contra ESPAÑA, 18-12-96.

105 Únicamente se pronunciará sobre la pertinencia de la expulsión o extradición si considera que existe riesgo cierto de que en el país donde será enviada la persona ésta correrá el peligro real de ser sometida a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes, o si estima que se trata de una expulsión colectiva de extranjeros. Vid. arts. 3 CEDH, 4 del Protocolo 4º y 1 del Protocolo 7º, y por todos el Caso SOERING, 7-7-89.

106 FROWEIN / PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, *op. cit.*, p. 117.

107 Vid. por ejemplo el Caso BOZANO, 18-12-86, en el que el TEDH consideró que se había infringido el art. 5.1 del Convenio porque la extradición estaba “destinada a eludir el dictamen desfavorable que el Tribunal de apelación de Limoges había emitido, y no de una detención necesaria en el marco normal de un procedimiento de expulsión del territorio nacional”.

108 Vid. destacadamente el Caso SÁNCHEZ-REISSE, 21-10-86.

resulte privado de su libertad pueda disfrutar de una serie de garantías tendentes precisamente a preservar la vigencia en todo momento de tal seguridad.

A los derechos y garantías del detenido se refiere expresamente el art. 5 CEDH en los apdos. 2 y ss., pero también son aplicables otros preceptos del Convenio no menos trascendentes en este punto. Así, por ejemplo, el art. 3, relativo a la prohibición de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes; o el art. 6, de destacada importancia en el ámbito de las detenciones por razón de delito –derecho a ser informado de la acusación, a la asistencia letrada, a intérprete, principio *pro libertate*, etc.–. De otro lado, dada la condición de “Acuerdo de mínimos” del CEDH, el detenido disfrutará naturalmente también de aquellos otros derechos o garantías que las legislaciones nacionales añadan o aumenten.

Conviene además en este punto tener en cuenta que, en aplicación del derecho de derogación de que disfrutaban las Altas Partes Contratantes, si se dan los presupuestos y circunstancias recogidos en el art. 15 CEDH, –guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación– un Estado podrá aprobar disposiciones que excluyan la vigencia de las obligaciones previstas en el Convenio, siempre “en la medida estricta en que lo exija la situación”, disposiciones estas de las que deberá informar al Secretario General del Consejo de Europa.<sup>109</sup> Así pues, en virtud de este artículo 15 pueden llegar a ceder en un Estado firmante las garantías de que en un principio debería disfrutar el detenido,<sup>110</sup> excepto las mencionadas en el art. 3 CEDH.

---

109 Art. 15 CEDH:

- “1.- En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.
- 2.- La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al art. 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 párrafo 1 y 7.
- 3.- Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

110 Vid. destacadamente los Casos LAWLESS, 1-7-61, IRLANDA contra el REINO UNIDO, 18-1-78, BRANNIGAN Y MAC BRIDE, 26-5-93, y SAKIK Y OTROS, 26-11-97.

## 1. Derecho a ser informado de los motivos de su detención

Dispone el art. 5.2 CEDH: “Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”.

A pesar de lo que en una primera lectura podría deducirse de este apdo. 2º que nos ocupa, y concretamente de su referencia a la “acusación”, deberán ser informados de los motivos que han provocado la privación de libertad, no sólo los que lo han sido preventivamente por la presunta comisión de un hecho delictivo, sino todos los sujetos que se encuentren en tal situación, independientemente de la causa de la misma, es decir, ya sea por razón de delito, por padecer una enfermedad infectocontagiosa o para ser expulsados del país, por ejemplo.

A tal conclusión llegamos sin dificultad si ponemos este apdo. 2º en relación con el 4º del mismo art. 5 y tenemos en cuenta la finalidad de que se ofrezca al detenido tal información, que no es otra que posibilitar que conozca y valore la legalidad y no-arbitrariedad de la privación de libertad que padece y en su caso impugnarla ante la autoridad jurisdiccional –art. 5.4–, posibilidad de impugnación reconocida a toda persona privada de su libertad,<sup>111</sup> independientemente del motivo.

Por lo que respecta al contenido u objeto de la información, debemos diferenciar según sea el sujeto detenido por razón de delito o no.

Si la privación de libertad no guarda relación con la presunta comisión de un hecho delictivo, en ese caso la persona deberá ser informada dice el art. 5.2 de los “motivos de la detención”. Por *motivos* hemos de entender aquí el conjunto de hechos, razonamientos y fundamentos jurídicos que han llevado al que prac-

---

111 Vid. en el mismo sentido, DE SALVIA, M., *Lineamenti di diritto europeo...*, op. cit., p. 118, REINDL, S., *Untersuchungshaft und MRK*, op. cit., esp. p. 24, y expresamente el Caso VAN DER LEER, 21-2-90, donde el Tribunal dijo: “Puesto que el apdo. 4º del art. 5 no distingue entre las personas privadas de su libertad por arresto y aquellas que lo son por detención, no ha lugar a excluir a las segundas del beneficio del apdo. 2º”. O el Caso X contra el REINO UNIDO, 5-11-81, donde se puede leer: “la necesidad de advertir al interesado de las razones de su reinternamiento se desprende en todo caso del párrafo 4º; quien como “X” tiene derecho a interponer un recurso para obtener una decisión rápida sobre la legalidad de su detención, no podría prevalerse de él eficazmente si no se le revelan en el más corto plazo y en grado suficiente los hechos y las reglas jurídicas invocadas para privarle de su libertad”.

ticó la detención o la mantuvo a considerar que efectivamente se daba alguna de las circunstancias del art. 5.1 que permitían practicar una privación de libertad de tal tipo; de esta forma el detenido tendrá los datos necesarios para eventualmente recurrir su situación de detención ante el órgano jurisdiccional. Pretende así el Convenio, una vez más, huir de la práctica de detenciones arbitrarias por infundadas o desproporcionadas; sin duda el derecho a la libertad ambulatoria y a la seguridad exigen que toda privación de este derecho de la persona pueda ser debida, precisa y razonablemente fundamentada.<sup>112</sup>

Por otro lado, y aunque este apdo. 2º no lo mencione, la Recomendación 65 (11) del Comité de Ministros del Consejo de Europa estableció la necesidad de que el detenido sea informado, además de las causas de su detención, de los derechos que como detenido le asisten.

Añadidos a los contenidos citados, si el detenido lo fue por la presunta comisión de un hecho delictivo deberá ser informado también de cualquier acusación que se hubiera formulado contra él.<sup>113</sup> Esta disposición guarda estrecha relación con lo que establece el apdo. a) del art. 6.3 CEDH respecto a las garantías del debido proceso: “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él”. Naturalmente, si el sujeto fue detenido para ejecutar una sentencia penal, se le informará del correspondiente pronunciamiento condenatorio.

En cuanto al momento en que deba ofrecerse al privado de libertad tal información acerca de los motivos de su detención y eventual acusación formulada contra él –el apdo. 2º dice “en el más breve plazo”–, el TEDH ha considerado que deberá ser el mismo momento en que se practica la detención,

---

112 Para valorar si la información ofrecida ha sido suficiente para que pueda cumplir su objetivo, será preciso atender a las circunstancias del caso concreto; vid. el Caso FOX, CAMPBELL Y HARTLEY, 30-8-90.

113 Vid. el Caso FOX, CAMPBELL Y HARTLEY, 30-8-90, supuesto en el que el TEDH consideró que los recurrentes habían sido suficientemente informados de los motivos de su detención porque pocas horas después de la misma fueron interrogados acerca de su participación en una serie de acciones terroristas. Vid. también el Caso DIMKE, 11-7-2000; cfr. el Caso IRLANDA contra el REINO UNIDO, 18-1-78, en el que el TEDH consideró que el desconocimiento del art. 5.2 estaba justificado por la posibilidad de hacer uso del derecho de derogación que tenía el Gobierno británico según el art. 15 CEDH; concretamente las personas detenidas, que lo fueron como sospechosas de terrorismo, únicamente fueron informadas de que lo eran en aplicación de la legislación de excepción en vigor en Irlanda del Norte.

inmediatamente y sin demora.<sup>114</sup> Debemos valorar positivamente el hecho de que en el art. 232 CPP se recoja expresamente la necesidad de que se ofrezcan estos datos a la persona “en el momento de detenerla”.

Por último, no se especifica ni en el texto del Convenio ni en la jurisprudencia del Tribunal la forma en que han de proporcionarse al detenido tales datos. No se aclara si ha de ser oralmente o por escrito,<sup>115</sup> pero sí se exige que la información se ofrezca “en una lengua que comprenda”, y podemos añadir, en términos inteligibles para el detenido.<sup>116</sup> Por su parte, en el art. 232 a) CPP puede leerse que esta información a que nos referimos se ofrecerá “de forma detallada”. Lógicamente, si por las circunstancias del privado de libertad éste no pudiera comprender tales extremos que justifican su detención, v.gr. se trata de un enajenado, tal información deberá ofrecerse al que legalmente fuera su representante, el mismo que podría en su caso recurrir la privación de libertad ante el órgano jurisdiccional. Relacionado con este extremo, el art. 232.2 CPP dispone que la Policía Nacional tiene el deber de “Informar a los parientes u otras personas relacionadas con el detenido que así lo demanden, la unidad policial adonde fue conducido”. Por último, en el informe policial deberán constar la práctica de todas las actuaciones y que se ha transmitido oportunamente la información que concierne a la persona detenida –art. 232 *in fine*–.

## **2. Derecho a ser conducido sin dilación a presencia de un juez**

Puede leerse el apdo. 3 del art. 5 CEDH: “Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presen-

---

114 En el Caso VAN DER LEER, 21-2-90, el TEDH consideró que se había violado el Convenio porque a la recurrente, reinternada en un hospital psiquiátrico, se le había comunicado la resolución judicial que ordenaba su privación de libertad, diez días después del dictado de la misma.

Vid. también el art. 9.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Por lo demás, el art. 17.3 del texto constitucional español exige que tal información se ofrezca “inmediatamente”.

115 En el Caso LAMY, 30-3-89, el recurrente consideró no haber sido suficientemente informado de los motivos del arresto; el TEDH constató sin embargo que el mismo día de su detención se le había entregado una copia de la orden de arresto que contenía los motivos, así como una lista detallada de los delitos que se le imputaban.

116 Vid. el Caso LAMY, 30-3-89, o el Caso DIMKE, 11-7-2000, así como LIÑAN NOGUE-RAS, D., *El detenido en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 31 y ss.



te artículo, deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio”.

Al comenzar el estudio de este párrafo, hemos de fijarnos en primer lugar en los sujetos privados de libertad a quienes el Convenio reconoce tales derechos. Se refiere en particular a aquellos aludidos en el apdo. c) del art. 5.1, a los detenidos o presos provisionales por la presunta comisión de un hecho delictivo. Concretamente, y con la finalidad de ceñirme al objeto específico de este trabajo, se abordarán a continuación las garantías previstas en el apartado 3º de las que es beneficiario en este período, por las peculiaridades de su situación, el detenido cautelarmente, es decir, el derecho a ser conducido sin dilación a presencia de un juez.<sup>117</sup>

A la vista de los titulares de estos derechos y del contenido de los mismos, llegamos fácilmente a la conclusión de que la finalidad que persigue aquí el Convenio es garantizar al detenido cautelarmente por razón de delito que una “autoridad con poderes judiciales” (sic) le va a escuchar personalmente y va a examinar sin dilación su situación fáctica; autoridad judicial que además va a poder ordenar en su caso el cese de la detención, con la consiguiente puesta en libertad inmediata, o bien que prosiga la misma por ser ésta conforme a derecho y mantenerse las circunstancias que en su momento justificaron la adopción de la medida privativa de libertad.<sup>118</sup> En definitiva, una vez más, el Convenio pretende proteger la libertad y seguridad de las personas frente a eventuales detenciones arbitrarias.

Por lo que respecta al momento en que el detenido debe ser conducido ante el juez, aunque él no lo exija,<sup>119</sup> el Convenio emplea la expresión “sin dila-

---

117 El preso provisional tiene derecho además a ser juzgado en un plazo razonable y a la libertad provisional. Por su parte, en los arts. 180 y ss. CPP puede leerse que el juez competente “deberá imponer” las medidas cautelares personales menos graves en caso de que sean suficientes en el caso concreto; es decir, el juez está *obligado* a acordar las medidas cautelares sustitutivas del Capítulo III –libertad provisional bajo caución juratoria, personal o económica– si garantizan igualmente los fines de la prisión provisional.

118 Vid. el Caso SCHIESSER, 4-12-79. Destaca REINDL que esta garantía exige la presencia física del detenido ante el Juez o autoridad judicial, su interrogatorio por éste así como la decisión acerca de su ulterior situación personal (*Untersuchungshaft und MRK, op. cit.*, p. 95).

119 Caso MAC GOFF, 26-10-84.

ción”,<sup>120</sup> que puede ser entendida como equivalente al término *inmediatamente* o, más bien, como ha establecido el TEDH e interpretado la mayoría de la doctrina, que se considera compatible con el Convenio una conducción a presencia judicial del detenido dentro de un breve *margen* de tiempo.<sup>121</sup> En todo caso, esta garantía temporal tiene como objetivo específico reducir al mínimo el riesgo de que se produzcan abusos por parte de las autoridades facultadas para practicar detenciones.<sup>122</sup>

Sobre este particular el art. 231.5 CPP se remite directamente al plazo constitucionalmente establecido para presentar al imputado ante el juez competente: art. 33.2 CN: Todo detenido tiene derecho: “A ser puesto en libertad o a la orden de la autoridad competente dentro del plazo de las 48 horas posteriores a su detención”. Importa tener presente que, puesto que se trata de la limitación de un derecho fundamental, no se podrán agotar los plazos legal y constitucionalmente establecidos para la puesta a disposición judicial si en el supuesto concreto no hay causa que lo justifique; recordemos en este punto la vigencia de los principios de proporcionalidad y necesidad de la medida. Por su parte el art. 83 CIC establecía que si el arrestado lo fue por orden del juez, se le instruiría causa en el término de la ley y si lo fue por autoridad policial, debería ser puesto en libertad o a la orden del juez competente dentro del plazo de las 48 horas siguientes, si lo fue por un ciudadano, sería presentado ante la autoridad o funcionario judicial más inmediato, “en el mismo acto”, y si no fuere materialmente posible, en las 24 horas siguientes a la detención.

También debemos detenernos en el empleo por el Convenio como equivalentes o similares de los términos “juez” u “otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales”, y la pregunta resulta ineludible: ¿qué se debe entender aquí por esa “otra autoridad”?<sup>123</sup>

---

120 “Al più presto”, “unverzüglich”, “promptly”, “aussitôt”, en las distintas versiones del mismo.

121 Vid. por ejemplo el Caso BROGAN Y OTROS, 29-11-88; en él los recurrentes, sospechosos de participar en actividades terroristas, fueron detenidos durante unos períodos de tiempo entre los 4 y 6 días y después puestos en libertad sin haber sido llevados durante ese tiempo ante la autoridad judicial; el TEDH consideró que ninguno de los recurrentes había sido conducido sin dilación ante la autoridad judicial o puesto en libertad inmediatamente después de la detención. Cfr. con el comentario que del Caso RIGOPOULOS contra ESPAÑA realizan GROSZ, S. / BEATSON, J. / DUFFY, P., *Human Rights. The 1998 Act and The European Convention*, London, 2000, p. 212.

122 Así, DE SALVIA, M., *Lineamenti di diritto europeo...*, op. cit., p. 122.

123 En la versión francesa “un juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires”; en la inglesa, “judge or other officer authorised by law to

Si tenemos continuamente presente la finalidad de esta conducción a presencia del juez o autoridad judicial –que oiga personalmente al detenido, controle la legalidad de la detención y ordene que prosiga o termine la privación de libertad–, inevitablemente un elemento definidor de esa “autoridad”, al margen de su denominación en cada ordenamiento nacional, ha de ser su absoluta independencia de quien ha adoptado la medida cautelar que ahora controla, es decir, de las autoridades gubernativas. En definitiva, lo realmente decisivo es que tal autoridad tenga la independencia e imparcialidad exigible a todos aquellos que desempeñan la función jurisdiccional<sup>124</sup> y, naturalmente, que sea competente para eventualmente poder ordenar la puesta en libertad del detenido.

### **3. Derecho a presentar recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie sobre la legalidad de la privación de libertad**

De nuevo con la finalidad de evitar que se produzcan, en este caso que se prolonguen, privaciones de libertad ilegales o arbitrarias, el Convenio establece la garantía consistente en la posibilidad de impugnar judicialmente la resolución en virtud de la cual se adoptó la medida. Este derecho previsto en el apartado 4º del art. 5, sustancialmente distinto del derecho a los recursos o a la doble instancia<sup>125</sup> puede asimilarse, salvando las distancias a que luego nos referiremos, al *habeas corpus*. En Nicaragua estaríamos haciendo referencia al llamado “recurso de exhibición personal”, establecido en el art. 189 CN a favor de aquellos “cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo”.<sup>126</sup>

---

exercise judicial power”; en la alemana, “Richter oder einem anderen, gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten vorgeführt werden”; en la italiana, “giudice o un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie”.

124 A esta conclusión llega unánimemente la doctrina y la jurisprudencia del TEDH, vid. LIÑAN NOGUERAS, D., *El detenido en el Convenio...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.; DE SALVIA, M., *Lineamenti di diritto europeo...*, *op. cit.*, p. 120, o los Casos NEUMEISTER, 27-6-68, PAUWELS, 26-5-88, LAMY, 30-3-89, HUBER, 23-10-90, BRINCAT, 26-11-92, KREPS, 26-7-2001, ILIJKOV, 26-7-2001 y ZANNOUTI, 31-7-2001.

125 Véase más ampliamente en PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5 CEDH)”, *op. cit.*, pp. 152 y ss. y REINDL, S.: *Untersuchungshaft und MRK*, *op. cit.*, p. 195.

126 Una clarificadora referencia al “recurso de exhibición personal” nicaragüense puede encontrarse en el trabajo de CUAREZMA TERÁN, S., y otros: “La Justicia consti-

Tal derecho del art. 5.4 está íntimamente ligado al art. 5.2 y al derecho de información en él contenido: quien no conoce los motivos de su privación de libertad, mal podrá impugnar razonablemente el mantenimiento de la medida. También la exigencia de que se fundamente debidamente la orden de privación de libertad, prescindiendo de fórmulas estereotipadas, coadyuva al eventual ejercicio de este derecho.<sup>127</sup> Como se apuntó en apartados precedentes, acerca de la trascendencia de estos dos extremos nos advertía y advierte el legislador nicaragüense:

El art. 83 CIC disponía que “en todo caso al detenido se le deberá informar el motivo de su detención”. En el CPP, art. 232, en el marco de los deberes de la Policía Nacional, puede leerse que éstos tienen obligación de informar a la persona “en el momento de detenerla” –se entiende en cuanto sea materialmente posible-, de las causas de su detención, de forma detallada y de manera que el detenido comprenda, a los parientes o personas relacionadas con el detenido, del lugar en que se encuentra éste, así como permitir al privado de libertad que comunique su situación a quien considere oportuno. Además, el art. 92 CIC establecía que se dictará “orden escrita de autoridad competente y con motivo legal”, para acordar la prisión. Por lo que a la detención respecta, resulta decisivo que no se utilicen fórmulas estereotipadas y que se concrete en cada supuesto el “motivo legal” y los fundamentos de la medida en el caso concreto. En el art. 167 CPP se dispone lo siguiente: “El juez o tribunal podrá adoptar, *por auto motivado*, una o más de las siguientes medidas cautelares personales o reales”. En el art. 170 del mismo texto legal se alude a la necesaria motivación de las medidas de coerción personal; en el art. 228, en relación con la actuación de la Policía Nacional, se exige el “relato sucinto, en orden lógico y cronológico, de las diligencias realizadas y de sus resultados”; podríamos fundamentar en este 228 la necesidad de que también la Policía Nacional motive las privaciones de libertad practicadas, así como en lo dispuesto en el art. 231.3 CPP.

Indudablemente, toda esta información permitirá que sea efectiva la posibilidad de impugnar razonablemente la adopción y mantenimiento de la medida, ya que el peticionario, al interponer el “recurso de exhibición personal” a favor

---

tucional en Nicaragua”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, pp. 255 a 274, y también en *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*, Managua, 1999, pp. 277 a 290.

127 Más ampliamente acerca de la interrelación entre los dos preceptos, REINDL, S., *Untersuchungshaft und MRK*, *op. cit.*, pp. 174 y ss. y 191 y ss.

del agraviado, debe desde luego expresar en la medida en que los conozca los hechos que lo motivan, el lugar en que está el detenido si se conoce y el nombre o cargo que ejerce la autoridad o el funcionario responsable de la entidad o institución que ordenó la detención, si se sabe.

Resumiendo, todo detenido, preso o internado tiene derecho a que un órgano jurisdiccional examine la regularidad de su situación;<sup>128</sup> por tanto, no sólo los que lo son por razón de delito, sino todos aquellos que se hallen en tal situación fáctica.

Por otro lado, el derecho a recurrir ante un órgano judicial para que se pronuncie sobre la legalidad de la privación de libertad existe siempre cuando ésta fue ordenada por las autoridades administrativas, pero además también excepcionalmente en algunos casos en que tal situación tiene su causa en una resolución judicial<sup>129</sup> podrá el detenido o internado hacer uso de este derecho-garantía del art. 5.4; así, por ejemplo, el enfermo mental internado por orden judicial puede solicitar del juez, en intervalos razonables, que revise la situación en que se encuentra y confirme o no que prosigue vigente la legalidad y por ende la necesidad de su internamiento,<sup>130</sup> o incluso el penalmente condenado a prisión de duración indeterminada puede exigir tal control judicial periódico con el fin igualmente de que se examine si el conjunto de circunstancias hace innecesaria la prosecución del internamiento.<sup>131</sup>

Por lo que respecta a qué debe entenderse aquí por “órgano judicial” ante el que se presentará el recurso, al igual que dijimos al abordar el apdo. a) del art.

---

128 Si bien el TEDH ha venido entendiendo que un control jurisdiccional de privaciones de libertad de corta duración, 2 ó 3 días, es innecesario si el sujeto ya ha sido puesto en libertad. Vid. más amplia y críticamente, FROWEIN / PEUKERT, *EMRK-Kommentar, op. cit.*, pp. 134 y 135, y a modo de ejemplo el Caso FOX, CAMPBELL Y HARTLEY, 30-8-90.

129 Y decimos en algunos casos porque si la situación de privación de libertad obedece a que se está ejecutando una sentencia penal firme, no será necesario como es lógico un control judicial en el sentido del art. 5.4, cuya finalidad no es cuestionar la legalidad de una condena. Se entiende que cuando es un órgano jurisdiccional el que ha ordenado la privación de libertad el control de la misma está incluido en la decisión jurisdiccional; de “Inkorporationstheorie” habla la doctrina alemana, vid. REINDL, S., *Untersuchungshaft und MRK, op. cit.*, p. 192.

130 Vid. los Casos X contra el REINO UNIDO, 15-11-81 y LUBERTI, 23-2-84.

131 Vid. por todos el Caso WEEKS, 2-3-87, en que el afectado fue condenado a cadena perpetua indeterminada –*discretionary life sentence*–, es decir, el juez competente decidiría la concreta duración de la medida según la evolución del sujeto, previos controles periódicos.

5.1, debemos destacar que ha de ser en todo caso un órgano independiente e imparcial, ejercer su función a través de un procedimiento judicial, naturalmente conforme a la legalidad y, destacadamente en el caso que nos ocupa, ser competente para eventualmente ordenar la puesta en libertad del detenido.<sup>132</sup> Estas condiciones concurren en el ordenamiento nicaragüense en el Tribunal de Apelaciones respectivo o Sala de lo Penal competente por el lugar en que se encontrara el detenido, pues dichos órganos jurisdiccionales están en condiciones de acordar la “exhibición personal” del privado de libertad y lo que proceda respecto a su situación personal una vez estudiado el recurso presentado.

El procedimiento que deba seguir este órgano judicial para resolver el recurso presentado será concretado lógicamente por las legislaciones nacionales, así como los presupuestos procesales que deben concurrir para el inicio del mismo, si bien en ningún caso podrán ser de tal entidad que impidan *de facto* la interposición de este recurso.<sup>133</sup> En todo caso, deberán regir destacadamente en el procedimiento las siguientes garantías procesales:<sup>134</sup> contradicción —el privado de libertad debe poder exponer libremente, por sí o a través de su representante en caso de incapacidad sus argumentos contra la prosecución de la situación—,<sup>135</sup> defensa técnica que garantice la igualdad de armas<sup>136</sup> y celeridad.

Por lo que respecta a esta última garantía, el propio art. 5.4 exige expresamente que el órgano judicial se pronuncie “en breve plazo” sobre la legalidad de su privación de libertad. Naturalmente no concreta el TEDH qué plazo es

---

132 La concreción de estos requisitos puede verse por ejemplo en los Casos BEZICHERI, 25-10-89, o SABELUR BEN ALI, 29-6-2000; en este último se dictaminó que el juez no era competente para controlar el fundamento de la privación de libertad.

133 FROWEIN / PEUKERT, *EMRK-Kommentar, op. cit.*, p. 139.

134 Si bien el procedimiento del art. 5.4 no tiene porque ir siempre acompañado de todas y cada una de las garantías del art. 6.1 CEDH para los procesos civiles o penales, es preciso que revista carácter jurisdiccional y que ofrezca las garantías adecuadas al tipo de privación de libertad de que se trate; vid. recientemente los Casos NIEBDALA, 4-7-2000 y TRZASKA, 11-7-2000. Desde la STEDH en el Caso DE WILDE, OOMS y VERSYP, 18-6-71, y luego en los Casos WASSINK, 27-9-90 y HOOD, 18-2-99, el Tribunal puso de relieve la necesidad de que se ofrezcan al privado de libertad aquellas garantías procesales necesarias o imprescindibles para decidir acerca de la legalidad de la privación de libertad de que se trate en el supuesto concreto.

135 Vid. especialmente los Casos WINTERWERP, 27-10-79, en relación con el internamiento de enajenados, TRZASKA, 11-7-2000 y NIEBDALA, 4-7-2000.

136 Véanse los Casos LAMY, 30-3-79, BOUAMAR, 29-2-88, WOUKAM MOUDEFO, 11-10-88, NIEBDALA, 4-7-2000 y TRZASKA, 11-7-2000.

ése,<sup>137</sup> pero sí ha manifestado por ejemplo que un procedimiento totalmente escrito, o una prolongada audiencia contradictoria, serían contrarias a tal exigencia.<sup>138</sup> Dicho plazo empezará a contar con la interposición del recurso, bien directamente ante el órgano judicial competente o ante la autoridad gubernativa que deba decidir previamente; termina con el dictado de la resolución judicial acerca de la legalidad de la privación de libertad.<sup>139</sup>

Por último, como indica el propio tenor del apartado 4º que analizamos, la finalidad del recurso será que el órgano judicial se pronuncie sobre la legalidad, procesal y material,<sup>140</sup> de la privación de libertad para que naturalmente en su caso ordene la inmediata puesta en libertad del sujeto.

Para determinar el contenido de su decisión el órgano judicial deberá considerar: el derecho interno aplicable, los preceptos del Convenio y sus principios rectores, y particularmente que la medida privativa de libertad tenga encaje en alguno de los supuestos enumerados en el art. 5.1 CEDH.

#### 4. Derecho a obtener una reparación

Como colofón a los derechos y garantías de que debe disfrutar el privado de libertad, el apdo. 5º del art. 5 dispone lo siguiente: "Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación".

---

137 Plazo que dependerá, una vez más, del tipo de privación de libertad y de las circunstancias del caso concreto; vid. el Caso SÁNCHEZ-REISSE, 21-10-86. Habitualmente se consideran excesivos plazos superiores a las 6 semanas; véase v.gr. los Casos DROOGENBROECK, 24-6-82, MILASI, 25-6-87, BOUAMAR, 29-2-88, VAN DER LEER, 21-2-90, SAKIK Y OTROS, 26-11-97. En el Caso BEZICHERI, 25-10-89, el TEDH manifestó que un exceso del trabajo de los órganos jurisdiccionales no es motivo que justifique cinco meses y medio de duración del procedimiento.

138 Más ampliamente, DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo...*, op. cit., p. 131, quien destaca también la obligación que tienen los Estados de organizar el funcionamiento de sus Tribunales de tal forma que éstos puedan hacer puntualmente frente a la resolución de estos recursos, y recuerda además la jurisprudencia del TEDH en los Casos MILASI, 25-6-87, y BEZICHERI, 25-10-89.

139 Vid. los Casos SÁNCHEZ-REISSE, 21-10-86, y VAN DER LEER, 21-2-90.

140 Recientemente, el Tribunal ha vuelto a insistir en que la finalidad del art. 5.4 es que un órgano judicial pueda controlar el respeto y vigencia de las condiciones procesales y materiales (*procedurales et de fond*) imprescindibles para afirmar la legalidad de la situación de privación de libertad (*nécessaires a la légalité*) en el sentido del art. 5.1. Vid. por todos los Casos NIEBDALA, 4-7-2000, y TRZASKA, 11-7-2000.

A pesar de que las medidas privativas de la libertad ambulatoria son con frecuencia objeto de las demandas presentadas ante el TEDH, son escasos los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo en que se reconoce vulnerado dicho apartado 5º;<sup>141</sup> la razón no es otra que el hecho de que muchas de las Altas Partes Contratantes hayan incluido el CEDH y sus Protocolos adicionales en su derecho interno, lo cual hace que tal apartado 5º pueda ser alegado directamente como fundamento de su pretensión ante los Tribunales nacionales. Así pues, es infrecuente que los órganos jurisdiccionales de los Estados firmantes determinen la existencia de una privación de libertad contraria a lo establecido en Convenio, sin acordar simultáneamente la indemnización correspondiente.<sup>142</sup>

El apartado con que concluimos este estudio obliga pues a las Altas Partes Contratantes a establecer en su ordenamiento una regulación que posibilite<sup>143</sup> la obtención de una reparación en caso de que se haya padecido una privación de libertad contraria a lo dispuesto en los apartados 1 a 4 del art. 5, ya sea por inobservancia de las normas convencionales o internas, procesales o materiales, que establezcan finalidades o garantías de la detención; lo decisivo es que se hayan desconocido las disposiciones aplicables al caso de que se trate.

Dicha reparación deberá indemnizar, no sólo los posibles perjuicios materiales padecidos por el privado de su libertad ambulatoria, sino también los eventuales daños inmateriales o morales.<sup>144</sup> Además, en caso de que el TEDH afirme desconocidos los derechos y garantías de los apartados 1 a 4, y la ley estatal sólo reconozca una reparación parcial o en cierto modo imperfecta de los daños y perjuicios causados a la víctima de la medida, éste podrá, si lo estima necesario, concederle una satisfacción equitativa (art. 41 CEDH).<sup>145</sup> ❖

---

141 Así por ejemplo en los Casos BROGAN Y OTROS, 29-11-88, CIULLA, 22-2-89 y HOOD, 18-2-99.

142 FROWEIN / PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, *op. cit.*, p. 145.

143 Destaca PEDRAZ PENALVA que los Estados firmantes están inicialmente obligados a indemnizar, pero si la responsabilidad resulta ser de personas concretas y no está prevista la estatal subsidiaria, será conforme con el Convenio que el Estado establezca las vías para dirigirse contra los responsables. "El derecho a la libertad y seguridad", *op. cit.*, p. 163.

144 Vid. por ejemplo ya en el Caso NEUMEISTER, 27-6-68, o los Casos WASSINK, 27-9-90, y HUBER, 23-10-90.

145 Más ampliamente, DANNEMANN, G., *Schadenersatz bei Verletzung der Europäischen MenschenRechtsKonvention*, Köln, 1994.



# La participación popular en la administración de justicia mediante el jurado (Art. 125 CE)<sup>1</sup>

Mar Jimeno Bulnes

Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Burgos, España

## I. Introducción

A tenor del art. 125 CE se establece de forma expresa que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”. Vista la primera, procede aquí y ahora hacer referencia a esta segunda forma de participación popular en la justicia, cual es el acceso a la función del jurado<sup>2</sup> en el modo y supuestos legalmente determinados, dejando a un lado la tercera opción; esto es la participación popular a partir de la instauración de los denominados Tribunales consuetudinarios o

---

1 El presente trabajo es uno de los resultados del Proyecto de Investigación concedido a la autora por la Junta de Castilla y León bajo el título “La implantación del Tribunal del Jurado en el proceso penal español: valoración de la experiencia adquirida en el ámbito territorial de Castilla y León” (núm. ref. BU 06/98) y como tal fue presentado en el *2001 Joint Meetings of the Law and Society Association and Research Committee on Sociology of Law*, que tuvo lugar del 4-7 de julio en la Universidad Central Europea de Budapest, Hungría. Desde aquí mi agradecimiento al profesor Cuarezma Terán que hace posible su presente publicación.

2 Hemos de proceder así a la distinción terminológica entre Jurado y Tribunal del Jurado. Así, mientras el concepto de Jurado hace referencia al colegio de jurados, este último alude a cada uno de los miembros legos en Derecho componentes del mismo; por último, el Tribunal del Jurado, que engloba conjuntamente al citado colegio en conjunción con el juez o magistrado profesional de la Judicatura que preside

tradicionales, como es el caso del Tribunal de las Aguas de Valencia<sup>3</sup> o, más recientemente, el de la Comunidad de Regantes de Murcia.

Mucha es la literatura que se ocupa de esta segunda modalidad de participación popular en la administración de Justicia<sup>4</sup> y aún mayor la defensa (y oposición) doctrinalmente realizada en torno a la necesidad (o no) de proceder al desarrollo legal del precepto constitucional promulgado en 1978,<sup>5</sup> así como la fórmula a adoptar, Jurado o Escabinado. Tiene finalmente lugar la opción por esta primera diecisiete años después, en concreto, mediante la LO 5/1995, *indatada*,<sup>6</sup> del Tribunal del Jurado, inmediatamente modificada por la LO 8/

---

el mismo, configura, por tanto, el órgano jurisdiccional "especial" cuya competencia le es atribuida por ley para el conocimiento de determinadas causas. A este respecto, ALEJANDRE GARCÍA, J.A. *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los tribunales de jurados*, Madrid 1981, esp. p. 392.

- 3 A diferenciar de los Jurados de Riego encargados de tramitar los expedientes administrativos instados con motivo de las infracciones cometidas en el riego; por el contrario, el Tribunal de las Aguas es un órgano jurisdiccional especial o, a lo sumo, especialísimo. De este modo, FAIRÉN GUILLÉN, V. "Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978)", *Revista de Derecho Procesal* 1978, nº 4, pp. 709 y ss (también monografía editada por Civitas, Madrid 1981), esp. pp. 774 y ss y, más ampliamente, en *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia 1975, esp. pp. 16 y ss.
- 4 Así, entre muchos y bajo este título, FAIRÉN GUILLÉN, V. "La participación popular en la Administración de Justicia", *El Poder Judicial*, t.I, Madrid 1983, pp. 125 y ss, y "La participación de los ciudadanos en la administración de Justicia: los Tribunales de Jurados y de Escabinos", *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, t.I, Madrid 1983, pp. 109 y ss; GIMENO SENDRA, V. "El artículo 125 de la Constitución, los Tribunales de Jurados y de escabinos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (en adelante, RGLJ) 1981, nº 4, pp. 343 y ss; PEDRAZ PENALVA, E. "El Jurado como vía de participación popular", *La Ley* 1994, vol. 2, pp. 1006 y ss; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, Madrid 1992; etc.
- 5 Así y entre otros, venía reclamándose el desarrollo del mandato constitucional, por ejemplo, por GISBERT GISBERT, A. "La obligatoriedad de la función del jurado (nota sobre un principio de Tribunal de Jurados", *Poder Judicial* 1985, nº 15, pp. 35 y ss, esp. 1ª pág., GÓMEZ COLOMER, J.L. "El futuro jurado español", *Justicia* 1991, nº 1, pp. 31 y ss, esp. p. 34 y, más contundentemente, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. "Por fin el Jurado", *Actualidad Jurídica Aranzadi* de 26 de mayo de 1994, nº 151, *passim*.
- 6 Porque en efecto, la única fecha que consta es la del BOE de 23 de mayo de 1995, nº 122, pp. 15001 y ss. Recogemos así dicha expresión de PÉREZ-CRUZ MARTÍN por ejemplo en su publicación, entre otras, "Anotaciones a la competencia y composición del Tribunal del Jurado: especial consideración de los arts.1 y 5 de la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado *in datada*", *Justicia* 1995, nº 1, pp. 63 y ss.

1995, de 16 de noviembre<sup>7</sup> y LO 10/1995, de 23 de noviembre,<sup>8</sup> que da lugar a la legislación en la actualidad aplicable.

De este modo se instaura un Tribunal “especial” en el ámbito del proceso penal con competencia para el conocimiento de determinados tipos delictivos que legalmente se determinan a través de un procedimiento asimismo especial.<sup>9</sup> Así y en la disyuntiva entre el modelo de jurado puro de corte anglosajón o jurado mixto/escabinado adoptado hoy día en la práctica totalidad de los países del entorno europeo (Alemania, Francia, Italia, etc.), nuestro ordenamiento jurídico opta por el primero, opción esta última no exenta de críticas.<sup>10</sup> La diferencia estriba básicamente en la constitución de uno y otro Tribunal así como en la distribución de funciones en cada caso, como a continuación será expuesto.

No obstante y tras las vicisitudes transcurridas hasta dar lugar a la redacción definitiva del mencionado art.125 CE, hemos de decir que tampoco supone la instauración del Tribunal del Jurado novedad alguna dada la anterior (y, en gran medida, nefasta) experiencia juradista de nuestro país. En efecto, los antecedentes constitucionales y legislativos de la historia del ordenamiento jurídico español demuestran la previa existencia de este modelo juradista de corte anglosajón, modelo que permaneció inalterable –aunque sólo fuera en el papel–<sup>11</sup> a lo largo del siglo XIX. Extraña por ello aún más la “involución” de nuestro país apartándose de la trayectoria europea que hoy día finaliza, en

---

7 BOE de 17 de noviembre de 1999, nº 275, pp. 33162 y ss.

8 BOE de 24 de noviembre de 1995, nº 281, pp. 33987 y ss, con promulgación del vigente Código Penal y en cuya Disposición Final 2ª se procede a dar nueva redacción al art.1.2 LOTJ como consecuencia de la modificación de los anteriores tipos delictivos.

9 Coincidimos en ambos extremos con GÓMEZ COLOMER, J.L. *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Madrid 1996, *passim*.

10 Por ejemplo, PEDRAZ PENALVA, E. “El Jurado como vía de participación popular”, op. cit., esp. primera pág., lamentando la restauración en nuestro país del “caduco y fracasado juicio por jurados, a espaldas de su ya asumida evolución en países de nuestro entorno”.

11 Como de inmediato será puesto de relieve, en no pocas ocasiones, aún siendo reconocida constitucionalmente esta participación popular, sin embargo no llega a implantarse de facto el Jurado (o Escabinado). Por ello la situación que tuvo lugar en nuestro país desde la promulgación de la Constitución de 1978 hasta la de la vigente LOTJ en 1995, no supuso novedad alguna, ello pese a las reclamaciones que entonces se realizaban desde ciertos sectores doctrinales algunos de cuyos exponentes han sido arriba citados (vid. nota nº 7) u opiniones pro-juradistas.

aquellos países en los que se garantiza esta participación popular en la administración de justicia, en un modelo de escabinado.

A unos y otros antecedentes históricos de nuestro ordenamiento jurídico hacemos inmediata referencia, sean de carácter constitucional o legislativo y, si bien la referencia principal cabe hacerla respecto de nuestro país, también acudiremos inicialmente a la mención de ciertos precedentes europeos y americanos. Así podremos realizar a continuación la exégesis del vigente art. 125 CE procediendo al análisis del iter constitucional hasta su redacción definitiva a partir del modelo de participación popular elegido entre los clásicos de Jurado y Escabinado y al posterior desarrollo legislativo del mismo. Por último, podrá procederse a una valoración crítica de la institución, exponiendo los argumentos a favor y en contra de su vigencia.

## II. Antecedentes históricos en el Derecho Comparado

La participación popular en la administración de justicia tiene un origen remoto que cabe encontrar en el surgimiento de la propia especie humana desde el momento, como refiere el profesor FAIREN en que “el *homo sapiens* inició relaciones con sus semejantes”.<sup>12</sup> Aún sin llegar a estos extremos, bien es cierto que cabe encontrar precedentes de tal intervención de los ciudadanos en la administración de justicia y, por ende, de la propia institución del Jurado ejemplos en las civilizaciones clásicas como los “Dicastas” o jueces del foro popular en la época helenística griega e incluso, con posterioridad, los “Helias-tas”<sup>13</sup> también en Atenas (“Ephoros” en Esparta) así como los *iudicium populi* en Roma, en suma asambleas populares constituidas para juzgar a los ciudadanos romanos. Tales asambleas o tribunales populares y con el mismo cometido tenían también lugar en los pueblos germánicos; así y en un momento ulterior como son los siglos XI y XII, los *noevuinger* en Dinamarca, etc.<sup>14</sup>

---

12 FAIRÉN GUILLÉN, V. *El Jurado: cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas de 1995*, Madrid 1997, p. 23.

13 Reciben este nombre por tener lugar la reunión en la plaza de Helles de “5.000 ciudadanos, mayores de treinta años, sorteados entre todos aquellos que gozaran de buena reputación y estuvieran al corriente con el Tesoro Público” LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G. “La justicia penal por jurados”, *Revista de Derecho Procesal* 1980, nº 1, pp. 105 y ss, p. 109).

14 Más ampliamente y entre otros además de los ya citados, por todos, RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J. *Aporías y contingencias de la intervención del Jurado en la administración de Justicia en la España de las Autonomías*, Madrid 1998.

Sin embargo, no cabe duda que los precedentes más inmediatos de esta participación popular entendida ya en un sentido moderno bajo la forma de Jurado (*Jury*) residen en Inglaterra, teniendo lugar desde allí su importación al continente a partir de la influencia de los postulados revolucionarios de Montesquieu y Rousseau –de ahí su implantación en Francia– al igual que de Beccaria, responsable de su traslado a Italia, llegando así también, de la mano de unos y otros a la península.<sup>15</sup> Es por ello que antes de entrar a examinar los antecedentes históricos españoles y con ello la historia de la tradición juradista en nuestro país, creemos de interés relatar los datos históricos más relevantes del Derecho Comparado en aquellos países en que todavía pervive –aún en aquellos en que se presenta bajo una forma más “evolucionada” (escauinado)– esta participación popular en la administración de justicia.

Como se ha dicho, Inglaterra es el principal país exportador del Jurado en cuanto forma de participación popular en la administración de Justicia, exportación que se realiza en dos direcciones. Así y en primer lugar, al continente europeo siendo lógicamente ésta la que mayor interés reporte para nosotros, y, en segundo lugar al continente americano; de este modo, fundamentalmente a Estados Unidos pero también con traslado a algunos países iberoamericanos, aun cuando en este último caso hay que reconocer que, en sentido estricto, la influencia inglesa es indirecta por cuanto se produce una vez que tiene lugar la implantación de tal (o al menos reconocimiento legal de dicha posibilidad) en nuestro país. Por ello iniciamos el examen del precedente inglés para luego continuar con otros en clave continental como es el caso de Francia, Italia, Alemania, dedicando, por último, un apartado especial al ámbito americano que, si bien no tuvo ciertamente incidencia en el origen español de la institución, sí ejerció cierta influencia en el discurrir de la misma.

## 1. Europa

Dentro del ámbito europeo elegimos como precedentes más representativos los radicados, sin lugar a dudas y en primer lugar, en Inglaterra, nación que se erigió en auténtica fuente de inspiración de la tradición juradista más tarde trasladada a otros países del área continental, algunas de cuyas experien-

---

15 Precisamente ha sido particularmente defendido como la introducción en España de las tesis juradistas tuvo lugar a partir de la traducción en castellano de la 6ª edición de la obra de Beccaria *De los Delitos y las penas* publicada en versión original en 1766; de esta opinión, CLAVERO, B. “Crédito al Jurado y credenciales del constitucionalismo”, *Happy Constitution*, Madrid 1997, pp. 41 y ss, esp. p. 46.

cias también ahora expondremos.<sup>16</sup> Dentro de estos últimos merece destacarse Francia por ser allí especialmente significativa la adaptación que se realizó de la institución a partir del modelo original inglés pero también haremos mención de ciertos precedentes en Italia, Alemania y Portugal.

**a) Inglaterra:** este es así el país al que debe la institución del Jurado su versión moderna y actual. De tal modo que en el siglo XII y bajo el reinado de Enrique II (1154-1189) tiene lugar el establecimiento para Inglaterra y el país de Gales del antiguo juicio normando<sup>17</sup> por jurados denominado *Trial by a Jury*. Para ello se crea mediante la *Assize of Clarendon* en 1166 –poco después completada por la *Assize of Northampton* en 1176– un organismo de acusación en cada comunidad constituido por doce “*good and lawful men*” (caballeros); este “Jurado” que recibe ahora el nombre de *presenting jury* derivará posteriormente en el llamado Jurado de Acusación o *Grand Jury*. Así pues, el reinado de Enrique II supone un cambio fundamental en la Inglaterra de entonces, teniendo lugar además en esta época el “nacimiento” del *Common Law* descrito en textos como *Glanvill* y *Bracton*<sup>18</sup> a partir de la propia costumbre real.

Sin embargo, por lo que respecta al juicio por jurados, éste es ya expresamente consignado en la Carta Magna otorgada por Juan sin Tierra en 1215. Así, en concreto, el artículo 29<sup>19</sup> de dicho texto refiere que “ningún hombre

---

16 Sin olvidar otras, ahora obviadas como es el caso, por ejemplo, de Suiza; sobre la experiencia juradista suiza, véase SORIANO, R. *El nuevo Jurado español*, Barcelona 1985, esp. pp. 110 y ss. También han de tenerse en cuenta las particularidades de los países nórdicos y así la composición de los Tribunales rurales en Suecia con jueces técnicos y legos (*nåmd*); al respecto, FAIRÉN GUILLÉN, V. “Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978)”, op. cit., esp. p. 739 y, más ampliamente sobre este país, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “Suecia: Código procesal unitario de 1942-48”, *Estudios procesales*, Madrid 1975, pp. 366 y ss.

17 Por tanto, el origen primigenio del Jurado no es anglosajón sino que proviene de los conquistadores normandos a partir de la compilación realizada por Guillermo el Conquistador (c.1027-1087), duque de Normandía y rey de Inglaterra, bajo la denominación *The Domesday Book* de 1086. En este sentido, sobre la institución del Jurado en el área anglosajona, ABRAHAM, H.J. *The judicial process*, 17ª ed., N.York+Oxford 1998, esp. pp. 109 y ss, y, más ampliamente, sobre su evolución, LESSER, M.A. *The historical development of the Jury System*, Buffalo N.Y. 1992, *passim*.

18 Hasta el punto de ser conocido este monarca como “*father of common law*”. Para un examen más completo de la historia de Inglaterra en esta época, consúltese GILLINGHAM, J. “The early middle ages (1066-1290)”, *History of Britain*, London 1991, pp. 115 y ss, esp. pp. 167 y ss.

19 Redacción proporcionada por Enrique III mediante texto de 11 de febrero de 1225.

libre podrá ser detenido, encarcelado, desposeído de sus bienes y franquicias, proscrito, desterrado, insultado, dañado de cualquier modo que fuere, en su persona o en sus bienes, sino en virtud de un juicio legal, dado por sus pares o por la ley de la tierra". En consecuencia, el juicio por jurados así establecido finaliza con el anterior despotismo monárquico y la tradicional arbitrariedad en la administración de justicia, suponiendo el más importante "progreso" social de la época, dicho "juicio paritario" se trataba de una institución de carácter judicial o, por el contrario, administrativo o gubernativo.<sup>20</sup>

En cualquier caso y observando ya el Jurado suficiente arraigo durante el reinado de Enrique III (1216-1272) dada su extensión a las clases populares a partir de la reforma de la Carta Magna de 11 de febrero de 1225,<sup>21</sup> ha de decirse que, ya desde aquí y ahora, se encuentra el punto de partida para el establecimiento de una premisa fundamental, característica común de todos los países del área anglosajona, cual es la consideración de la propia existencia de la institución del Jurado, también y paralelamente, como un derecho

---

20 En este último sentido, GONZÁLEZ NADÍN, S. "Sobre el Jury o Jurado en materia criminal", RGLJ 1864, nº 24, pp. 177 y ss, esp. pp. 181 y ss. En contra, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. p. 226, para quien es en el reinado de Enrique II donde la institución del Jurado adquiere su carácter judicial al serle encomendadas funciones relacionadas con la administración de justicia, si bien su configuración definitiva se alcanza en los reinados de Enrique VIII y Jorge II.

Sobre la institución del Jurado en Inglaterra en particular puede consultarse, por ejemplo, GARCÍA LÓPEZ, A. "La justicia criminal en Inglaterra", *Revista de Derecho Judicial* 1964, nº 17, pp. 103 y ss, y PASTOR LÓPEZ, M. "El proceso penal inglés", *Revista de Derecho Procesal (española)* 1967, nº 1, pp. 65 y ss, y nº 2, pp. 43 y ss.

21 Así, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. "El Jurado popular", *Derecho Procesal mexicano*, t.I, México 1976, pp. 307 y ss, esp. p. 309, defendiendo que hasta entonces tal acceso sólo estaba reservado a la nobleza a partir del otorgamiento de dicho privilegio a los barones por la Carta Magna, con la clara finalidad de eludir la jurisdicción real; por esta razón su crítica al carácter democrático de la institución del Jurado. En contra, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. p. 227.

Por nuestra parte, reproducimos textualmente la redacción de la Carta Magna de Enrique III a este respecto: "14. ... ninguna de estas multas será impuesta sin previo juramento de doce hombres probos y leales de la vecindad. Los condes y barones no podrán ser castigados con penas pecuniarias más que por sus pares y en proporción a los delitos cometidos ..." Desde luego y en cualquier caso, esta redacción diferenciada permite suponer la existencia de un diferente juicio por jurados en función del estamento social, aun estando previsto en todos los ámbitos.

de los ciudadanos; en suma, el derecho de naturaleza fundamental a ser juzgados –al menos en lo que respecta a los asuntos penales– por un Tribunal de Jurado. Ello que, será así finalmente también recogido en el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689,<sup>22</sup> constituye además piedra angular del sistema del *Common Law* o Derecho Común anglosajón.<sup>23</sup>

Igualmente en la anterior época medieval tiene origen el trazado de la línea divisoria entre el aludido Jurado de Acusación o *Grand Jury* y el Jurado de Calificación o *Petty Jury*, la cual perdurará hasta el año 1933, momento en que se produce la supresión del primero. La diferencia estriba en las funciones de uno y otro así como su ubicación procesal; mientras el primero opera en la fase de instrucción, ocupándose de determinar la prosecución o no del hecho delictivo y de ahí su denominación, el segundo –que constituye el auténtico Jurado– se ocupa ya en la fase oral de pronunciarse sobre la absolución o condena respecto del acusado. La supresión de uno de estos Jurados resulta así beneficiosa, no sólo por la simplificación procesal sino, más importante, por cuanto no dejaba de resultar contradictorio que la misma institución –pese a la división en Tribunales y/o colegios independientes– propugnase paralelamente en el mismo proceso la acusación y posterior absolución del imputado; ello responde en mayor medida a la vigencia de un sistema inquisitivo<sup>24</sup> y no del acusatorio en el que es característica la implantación del Jurado.

Inicialmente además el Jurado de Calificación inglés se pronuncia en su totalidad tanto en relación con las cuestiones de hecho como las de derecho, al igual que en sede civil y penal; precisamente es la competencia civil la que se determina en primer lugar<sup>25</sup> mientras que la competencia penal no se alcanza

---

22 Al menos implícitamente, dada la redacción mantenida en este sentido, así: “11. Que la lista de los jurados elegidos debe ser constituida en buena y debida forma; que los jurados que decidan de la suerte de las personas en las cuestiones de alta traición deben ser propietarios libres”.

23 Junto con el respeto al precedente judicial y la supremacía del derecho; de este modo, POUND, R. *El espíritu del “common law”*, Barcelona 1954, esp. pp. (C). No así desde otros sectores doctrinales, por ejemplo, ABRAHAM, H.J. *The judicial process*, op. cit., esp. pp. 6 y ss, y, en nuestro país, ITURRALDE SESMA, V. *El precedente en el Common Law*, Madrid 1995, esp. pp. 16 y ss.

24 Así, FAIRÉN GUILLÉN, V. “El Jurado: algunos problemas sobre el mismo”, *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, t.II, op. cit., pp. 169 y ss, esp. p. 229.

25 Así consta, vgr., en la obra de BLACKSTONE, W. *Commentaries on the laws of England* (Oxford 1765-1769), Chicago 1979, libro 4º, cap. XXVII “Of trial and conviction”, si bien le reconoce sólo competencia para conocer de los hechos.



hasta la época absolutista del reinado de los Tudor, si bien pronto se define como la más característica. Así, ya implantada con carácter definitivo dicha institución en el panorama inglés<sup>26</sup> y acogiendo los mismos defectos entonces achacables a la magistratura,<sup>27</sup> comienza su exportación al continente en los siglos XVII y XVIII, fundamentalmente al país vecino a partir de las obras de Montesquieu<sup>28</sup> y Rousseau.

**b) Francia:** curiosamente y pese a la influencia del pensamiento liberal ilustrado ejercida desde Inglaterra en el seno de la Revolución francesa, la Declaración de Derechos de 1789 no promueve a la institución del Jurado<sup>29</sup> – y ni siquiera a esta nueva Justicia – como una conquista liberal, lo cual no deja de ser significativo, dicho sea de paso. En efecto, ha de esperarse hasta la Constitución francesa de 1791 y la incorporación del art. 9 en el seno del capítulo V relativo al “poder” judicial<sup>30</sup> para observar la previsión de la institución del Jurado como garantía procesal penal; previsión que se trasladará con posterioridad a los artículos 65 de la Constitución de 1814, 56 de la Constitución de 1830 y, finalmente, a los arts. 82-84 de la Constitución de 1848,<sup>31</sup> puesto que esta es la última referencia constitucional que se realiza respecto del Jurado para el país vecino,<sup>32</sup> ocupándose de tal previsión a partir de entonces el legislador ordinario. A pesar de todo, el precedente francés se con-

---

26 Aún perdura en su fórmula de jurado puro como lo demuestra su régimen jurídico actual contemplado en la *Juries Act 1974*.

27 Sobre todo y fundamentalmente, la pérdida de independencia según pone de relieve GONZÁLEZ NADÍN, S. “Sobre el Jury o Jurado en materia criminal”, op. cit., esp. p. 187.

28 *El Espíritu de las leyes*, con introducción de E. Tierno Galván, Madrid 1995, en cuyo libro VI, capítulo III se alude a esta institución además con este nombre (vid. p. 56).

29 Más ampliamente, LANGBEIN, J.M. *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Berlín 1987, esp. pp. 75 y ss. Para este país en particular, por todos, DE COCQ, A. “Evolución y últimas reformas legislativas del Jurado francés”, *El Jurado*, Alicante 1983, pp. 15 y ss.

30 Coincidimos con PEDRAZ PENALVA, E. “Sobre el ‘poder’ judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Constitución, jurisdicción y proceso*, op. cit., pp. 141 y ss, esp. pp. 154 y ss, en defensa del judicial como potestad y no como poder.

31 Preceptos en los que se establecen consignas como las siguientes: “le jury continuera d’être appliqué en matière criminelle”; “la connaissance de tous les délits politiques et de tous les délits commis par la voie de la presse appartient exclusivement au jury”; “le jury statue seul sur les dommages-intérêts réclamés pour les faits ou délits de presse”.

32 Así su ausencia del Título VIII (arts. 64-66 inclusive) del vigente texto constitucional de 4 de octubre de 1958.

sidera “históricamente modelo” constitucional de la acogida de la experiencia juradista en el continente europeo.<sup>33</sup>

Es concretamente la Ley 16-29 de septiembre de 1791 o Ley sobre Policía de seguridad, la Justicia criminal y la institución del Jurado, la legislación ordinaria que da traslado al modelo anglosajón (entonces inglés) de Jurado para el proceso penal. En principio, la transpolación del jurado se realiza en idénticos términos y así la vigencia también de la tradicional separación entre Jurado de Acusación y de Calificación, aun cuando la supresión del primero se produce con anterioridad, concretamente en el *Code d’Instruction Criminelle* de 1808. También aquí y ahora resultan patentes las dificultades de adaptar una institución pensada para otro tiempo y otra realidad social, resultando incluso innecesaria en este país ante el correcto funcionamiento de la administración de justicia dada la aplicación de garantías para preservar la inamovilidad (independencia) judicial;<sup>34</sup> dificultad aún mayor en tanto en cuanto el Jurado en Francia no forma parte de la esencia constitucional y política del país como ocurre en Inglaterra.

Con el tiempo se van produciendo modificaciones en el modelo original anglosajón y así, por ejemplo, el criterio tradicional que exige la regla de la unanimidad en el veredicto se sustituye en Francia por la “pluralidad” (mayoría). Pero básicamente la reforma sustancial consiste en la reunión de Jurado y Tribunal profesional para decidir conjuntamente sobre las cuestiones de hecho y derecho tradicionalmente separadas entre ambos colegios, lo que se produce ya en este siglo de forma definitiva con la Ley de 25 de noviembre de 1941;<sup>35</sup> ello

---

33 De esta opinión, CLAVERO, B. “Crédito del Jurado y credenciales del constitucionalismo”, op. cit., esp. p. 83.

34 Particularmente duras y no exentas de razón son las críticas que vierte respecto de la transpolación del Jurado en Francia GONZÁLEZ NADÍN, S. “Sobre el Jury o Jurado en materia criminal”, op. cit.; así, por ejemplo, refiere que “su existencia, pues, que en teoría aparece como un absurdo, es más, mucho más en la práctica; es una mancha que tizna la faz de la justicia, una rueda que estravía su acción. Todos los actos judiciales en que no interviene el Jurado son, en el vecino imperio, intachables. Los tribunales civiles y los correccionales funcionan admirablemente. La justicia criminal, ese ramo tan importante de la gobernación de un Estado, es la que marcha con deplorable desacuerdo” (p. 190).

35 Tal reunión entre Jurado y Tribunal es anticipada mediante la Ley de 5 de marzo de 1932 que prevé la votación en común respecto de la ley aplicable; esta fase previa es denominada de “separación unilateral” para diferenciarla de la definitiva fase de “separación recíproca”. Así, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. pp. 209 y ss.

supone, pues, la conversión del modelo del jurado anglosajón o “puro” en el jurado “mixto” o escabinado que pervive hasta hoy día en el actual *Code de Procédure Penale*<sup>36</sup> bajo la denominación de *Cour d’assises*.

**c) Italia:** la opción por la fórmula del escabinado es igualmente adoptada por este país<sup>37</sup> también a mediados del siglo XX, concretamente y ya de modo definitivo a partir de la Ley nº 287 de *Riordinamento dei Giudizi di Assise*, de 10 de abril de 1951.<sup>38</sup> Sin embargo, inicialmente y por lo que a nosotros ahora nos interesa, la participación popular en la administración de justicia se hallaba prevista bajo el modelo del jurado puro o anglosajón importado desde Francia. Por esta razón, el modelo que se adopta ya no se trata en sentido estricto del Jurado inglés sino ya del “francés”, dado que acoge las adaptaciones y evolución que sobre el mismo se realiza en el Estado vecino.<sup>39</sup>

Es por ello que la aparición de dicha institución en este país es más tardía y de esta manera no es recogida hasta las Constituciones de algunos Estados italianos, aún anteriores a la reunificación; así, básicamente, la Constitución de Sicilia de 1848 (art. 71)<sup>40</sup> y la Constitución de Roma de 1849 (art. 53).<sup>41</sup> Con ello y tras el paso por la norma constitucional del Reino de Cerdeña de 1848 que deviene Constitución de Italia, se llega a la actual regulación de dicha participación popular en la administración de justicia; ésta es así contenida en el artículo 102 de la vigente Constitución de 27 de diciembre de 1947<sup>42</sup> y la

---

36 Instaurado por la Ley nº 57-1426 de 31 de diciembre de 1957, arts. 231 y ss (*Cour d’assises*) y, en particular, 254 y ss (*Jury*).

37 Además de otros, por ejemplo, Bélgica, incluso con la misma denominación de *Cour d’assises*, tal y como consta en el *Code d’instruction criminelle* de 1808. A este respecto, DELMAS-MARTY, M. *Procédures pénales d’Europe*, París 1995, esp. pp. 173 y ss (p. 183).

38 Sobre la misma en nuestro país, más ampliamente, MONTERO AROCA, J. “Las “Corti di Assise” de Italia”, *Revista de Derecho Procesal* 1970, nº 2, pp. 325 y ss; también en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1981, pp. 129 y ss.

39 Recordemos la consideración del modelo de jurado francés como modelo histórico en sede constitucional dentro del continente europeo en la línea arriba expuesta.

40 “Il giudizio per giurati è stabilito in tutte le materie criminali, e pei delitti politici o commessi per mezzo della stampa. Per tali delitti al solo giuri appartiene pronunziare anche per danni ed interessi. Nessun cittadino potrà ricusarsi di eser giudice nei giudizi di fatto”.

41 “Nelle cause criminali al popolo appartiene il giudizio di fatto, ai tribunali l’applicazione della legge. La istituzione dei giudici del fatto è determinata da legge relativa”.

42 “La función jurisdiccional será ejercida por los magistrados ordinarios nombrados y regidos por las normas de la organización judicial. No podrán ser nombrados jueces

cual, al no hacer explícita mención a la institución del Jurado posibilita la solución hoy aplicada, así el Escabinado.

Por lo que respecta a la legislación procesal ordinaria, la primera previsión normativa no se produce hasta el *Codice di Procedura Penale* de 1859, posteriormente modificado por el Reglamento *giudiciario* de 14 de diciembre de 1865 y la Ley de 8 de junio de 1874. Por su parte, los posteriores códigos procesales penales de 1913 y 1931 van preparando la definitiva conversión del Jurado en Escabinado que, tras el anticipo sugerido por la Ley de 5 de marzo de 1931, concluye en la Ley de 10 de abril de 1951 antes enunciada, a partir de la cual se dispone el establecimiento de *Corti di Assise* en el seno de los Tribunales de Apelación.<sup>43</sup> Hoy día esta legislación ha sido reemplazada por el Decreto-Ley de 14 de febrero de 1978, posteriormente Ley de 24 de marzo de 1978 y que forma parte del vigente *Codice di Procedura Penale* de 1988.<sup>44</sup>

**d) Alemania:** si bien es cierto que en los antiguos pueblos germanos tenía lugar una administración de justicia básicamente de carácter popular, a partir del siglo XII ésta comienza a disminuir en beneficio de la jurisdicción señorial y real hasta llegar a su total desaparición en el siglo XVIII con la etapa absolutista. Ello pese a la previsión legal entonces de alguna forma de participación de jueces legos en el proceso penal, como la que tenía lugar a tenor del artículo 1 de la *Peinliche Gerichtsordnung* de 1532; ésta era una intervención popular más bien de carácter formal<sup>45</sup> debido al desconocimiento del pueblo del Derecho Romano introducido en Alemania a partir del siglo XV y por ello la necesidad de recurrir a la profesionalización de la judicatura.

---

extraordinarios o especiales. Sólo será posible instituir secciones especializadas en determinadas materias en los organismos judiciales ordinarios, pudiendo participar en ellas ciudadanos idóneos aunque sean ajenos a la magistratura. La ley reglamentará los casos y las formas de participación directa del pueblo en la administración de la justicia". La redacción de este precepto y los siguientes derivados de normas constitucionales españolas y extranjeras procede de la edición de Jorge de Esteban, *Constituciones españolas y extranjeras*, 2 tomos, Madrid 1979.

43 Arts. 25 y ss. No así como órgano jurisdiccional independiente dada la prohibición constitucional de crear "jueces extraordinarios o especiales" dispuesta en el art. 102 de la Constitución italiana de 1947 arriba expuesto.

44 Aprobado por Decreto del Presidente de la República de 22 de septiembre de 1988, nº 447.

45 En la práctica forense de entonces, tales jueces legos actuaban meramente como testigos del Tribunal profesional; en esta línea, ESER, A. "Jueces legos en el proceso penal", Justicia 1994, nº IV, pp. 941 y ss, esp. p. 943. Así también, sobre la

Habrá que esperar nuevamente a la influencia francesa para la “reinstauración” de esta participación popular en el seno de la administración de justicia y con ello la introducción inicial del modelo de jurado puro de origen anglosajón también en Alemania. Este encuentra así concreta regulación legal en la Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1848 y es además reconocido como derecho fundamental en la Asamblea Nacional de Francfort del mismo año, aun cuando a la fecha ya eran frecuentes las discusiones<sup>46</sup> sobre la conveniencia de optar por tal modelo de jurado puro o el mixto (escabinado), sistema este último que estaba siendo entonces implantado en diversos Estados. Por esta razón, la *Gerichtsverfassungsgesetz* o Ley Orgánica de los Tribunales de 1879<sup>47</sup> regulaba inicialmente de forma paralela ambas opciones, en suma, Tribunal de Jurado y Tribunal de Escabinos.

Finalmente y ante la ausencia de previsión constitucional al respecto,<sup>48</sup> es la Ley de 4 de enero de 1924 resultado de la *Emminger Reform*<sup>49</sup> la que da lugar a la situación jurídica actual hoy contemplada por la vigente Ley de Organización Judicial en su redacción de 9 de mayo de 1975, modificada por Ley de 20 de diciembre de 1984.<sup>50</sup> Así pues se produce la total sustitución de los Tribunales de Jurado por Tribunales de Escabinos; sin embargo aún permanecía la antigua denominación del primero (*Schwurgericht*) hasta su definitiva supresión mediante la Ley de 26 de mayo de 1972 incorporando la expresión a este tenor correcta (*Schöffengericht*).

---

evolución histórica de la institución del jurado puede consultarse GÓMEZ COLOMER, J.L. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*, Barcelona 1985, esp. pp. 58 y ss (C).

46 A este respecto merece destacarse las críticas que sobre el sistema de jurado puro –y pese a su inicial defensa en atención a su carácter democrático– vierte VON FEUERBACH, A. *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, Landshut 1813, esp. pp. 47 y ss, y 64 y ss.

47 Promulgada el 27 de enero de 1877 y con nueva redacción de 9 de mayo de 1975.

48 En efecto, la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 únicamente regula en su artículo 101 la prohibición de los Tribunales de excepción, no así de los Tribunales con competencia “especial” para determinadas materias que habrán de ser instaurados por ley y siempre con respeto del derecho (fundamental) al juez legal. Sobre este tema en particular, véase nuestro trabajo “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea (TJCE) como juez legal en la R.F. Alemana. Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG)”, *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia 1990, pp. 289 y ss.

49 Al respecto y de modo particular, PEDRAZ PENALVA, E. “La reforma procesal penal en la R.F.A. de 1975”, *Revista de Derecho Procesal* 1976, nº 4, pp. 647 y ss.

50 Vid. § 28-58 inclusive y § 77.

**e) Portugal:** también y en menor medida hemos de decir que la historia constitucional del país ibérico contempla la institución del Jurado en su estado puro, así las Constituciones de 1822 (art. 177),<sup>51</sup> de 1826 (art. 119),<sup>52</sup> de 1838 (art. 123)<sup>53</sup> ... si bien en este caso y desde la primera de ellas es patente la influencia española de la Constitución de Cádiz de 1812. Tal previsión ha llegado hasta la actual Constitución de 2 de abril de 1976<sup>54</sup> y en sede procesal penal al vigente *Código de processo penal* de 1987,<sup>55</sup> cuyas previsiones en los artículos 13 y, fundamentalmente, 365 y ss convierten al Jurado hasta ahora contemplado como tal en la Ley Orgánica de Tribunales (Ley nº 82/77, de 6 de diciembre) en Escabinado<sup>56</sup> al prever la deliberación conjunta de jueces y jurados tanto de las cuestiones de hecho como de Derecho; de este modo Portu-

---

51 "Haverá Juizes de facto assim nas causas crimes como nas cíveis, nos casos e pelo modo, que os códigos determinarem". Por su parte, el precepto siguiente establece que tales "Juizes de facto serão eleitos directamente pelos povos, formandose en cada distrito lista de um determinado número de pessoas, que tenham as qualidades legais" (art. 178).

52 "Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes aplicam a Lei".

53 "O Poder Judiciário é exercido pelos Juizes e Jurados. 1º Haverá Jurados assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que a Lei determinar."

54 A falta de uno, son dos los preceptos a este respecto significativos; así, mientras el art. 217.1, relativo a la participación popular, determina que "la ley podrá instituir jueces populares y establecer otras formas de participación popular", por su parte, el anterior art. 216 ya contempla de forma específica el Jurado (lo mismo ocurre con otras formas de participación popular como, por ejemplo, la acción popular prevista en el art. 49.2). De este modo, a tenor de la redacción de dicho art. 216, "el jurado estará compuesto por los jueces del Tribunal colectivo y por individuos jurados", quienes intervendrán "en el enjuiciamiento de los delitos graves y funcionará cuando lo solicite la acusación y defensa".

55 Aprobado por Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de febrero y en vigor desde el pasado 1 de enero de 1988.

56 No en vano, la posibilidad de tal reunión y deliberación conjunta de jueces profesionales y jueces legos se encuentra constitucionalmente recogida tenor de la redacción del art. 216.1 arriba expuesta; ello pese a la rúbrica de este mismo precepto bajo la denominación de Jurado. Así creemos que esta manifestación constitucional portuguesa hace peligrar los argumentos aducidos en nuestro país por los defensores del Jurado puro desde un punto de vista formal apoyado en la expresa redacción de la norma constitucional española a este respecto aplicable; sobre ello volveremos más tarde.

Para el examen del modelo portugués en particular véase ÁLVAREZ ALARCÓN, A. "El Jurado en Portugal: estatuto, competencia y procedimiento de selección", *Jornadas sobre el Jurado*, Cáceres 1989, pp. 173 y ss.

gal se alinea con la trayectoria emprendida por la generalidad de los Estados de la Europa continental hecha excepción, entre algún otro,<sup>57</sup> del nuestro.

## 2. América

De este modo, la institución del Jurado, una vez afianzada en el continente europeo, es trasladada al americano. En tal sentido ha de reconocerse como punto de origen dos Estados muy diferentes; así, fundamentalmente, Inglaterra que ejerce su total influencia en Estados Unidos y, parcialmente, en ciertos países iberoamericanos compartida con España. Desde luego, es hoy Estados Unidos el país “modelo” por lo que atañe al arraigo y desarrollo de la institución del Jurado pero creemos conveniente hacer también referencia en este capítulo a algún ejemplo entre los países iberoamericanos como es el caso de Méjico en el Cono Norte y Brasil en el Cono Sur.

**a) Estados Unidos:** el nacimiento de la institución del Jurado tiene lugar a partir de su implantación de las trece colonias inglesas con motivo de la instauración del sistema del *Common Law* transportado por los propios colonos ingleses, si bien con las adaptaciones necesarias y propias de las circunstancias que rodean a la emigración<sup>58</sup>. De ahí fue extendiéndose a la totalidad de los Estados de la Unión –pese a la resistencia inicial en algún caso<sup>59</sup>– cuyos textos constitucionales recogen el derecho al Jurado en el contenido de sus *Bill of Rights*<sup>60</sup> –de la misma forma que también es contemplado a nivel fede-

---

57 Por ejemplo, Dinamarca; a este respecto, ANDERSON, S. “Lay judges and jurors in Denmark”, *American Journal of Comparative Law* 1990, vol. 38, pp. 839 y ss.

58 Más ampliamente, LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G. “La justicia penal por jurados”, op. cit., esp. pp. 112 y ss. Sobre este país en particular, entre otros, ESPARZA LEIBAR, I. “El Jurado en los Estados Unidos de Norteamérica: problemática general. El procedimiento de selección”, *Revista de Derecho Procesal* 1995, nº 1, pp. 295 y ss, y HASTIE, R., PENROD, S.D. y PENNINGTON, N. *La institución del Jurado en los Estados Unidos: sus intimidades*, Madrid 1986, esp. pp. 17 y ss.

59 Por ejemplo, el Estado de Luisiana, dados sus antecedentes españoles y franceses. Esta reticencia dio origen a un famoso pronunciamiento constitucional en 1968 conocido como el caso *Duncan v. Luisiana* (391 U.S. 145), en el que el Tribunal Supremo de Estados Unidos declara la violación para el caso concreto del derecho fundamental al Tribunal del Jurado constitucionalmente reconocido en la VI y XIV Enmienda. La traducción de parte de esta sentencia se encuentra en la obra de LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G. “La justicia penal por jurados”, op. cit., esp. pp. 114 y ss.

60 Por ejemplo y a partir de 1776, en los Estados de Virginia, Maryland, Carolina del Norte, y a partir de 1777 en Georgia. Más ampliamente, sobre este derecho al jura-

ral; en concreto y de modo fundamental en la Quinta y Sexta Enmienda que forman parte de las diez ratificadas el 15 de diciembre de 1791, si bien ambas pueden considerarse posteriormente reforzada a partir del reconocimiento del “debido proceso legal” realizado en la Decimocuarta Enmienda añadida al texto constitucional el 28 de julio de 1868.

En efecto, la misma división de origen inglés entre el *Grand Jury* y *Petty Jury*, se reproduce aquí y ahora. Así, mientras la V Enmienda refiere que “nadie estará obligado a responder de un delito ... si un gran jurado no lo denuncia o acusa” (Jurado de Acusación), en la VI Enmienda se prevé lo siguiente: “en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido” (Jurado de Calificación). Bien es cierto que nuestro interés radica en este último en cuanto “auténtico” Tribunal de Jurado, máxime cuando, al igual que ocurría en Inglaterra, el enjuiciamiento por Jurado se contempla como un derecho y/o garantía constitucional, no sólo a nivel federal sino también estatal, como consta en las Declaraciones de Derechos de los diferentes Estados de la Unión antes referidas. Declaración constitucional del derecho al Jurado que encuentra su desarrollo en la legislación ordinaria a partir de la promulgación de la *Jury Act* de 1968.

**b) Méjico:** en este país es notable la influencia constitucional española a partir de la Constitución de Cádiz (1812), si bien, a diferencia de ésta, la Constitución mejicana de 1824 no contempla inicialmente la institución del Jurado. Sin embargo, por inspiración quizás en las Constituciones estatales,<sup>61</sup> finalmente también se incorpora su previsión a nivel federal desde la reforma constitucional de 1847, aunque reducida su competencia –y a semejanza del modelo español–<sup>62</sup> al enjuiciamiento de las cuestiones de hecho relativas a los delitos de imprenta; tal es pues la previsión del nuevo artículo 26.<sup>63</sup>

---

do, REID, J.P. *Constitutional History of the American Revolution: the Authority of Rights*, Madison 1986, esp. pp. 47 y ss.

61 Entre las fechas de 1824 y 1827, son diez las Constituciones estatales entre diecinueve las que contemplan en su articulado la institución del Jurado; en concreto y por orden cronológico, Jalisco (arts. 225 y 226), Zacatecas (art. 169), Nuevo León (art. 182), Yucatán (art. 189), Tamaulipas (arts. 194 y 197), Querétaro (arts. 179, 180 y 186), Sonora y Sinaloa (art. 229), Guanajuato (art. 196), México (art. 209) y Coahuila y Texas (art. 192); la exposición del texto de dichos preceptos se realiza en la obra de CLAVERO, B. “Crédito del Jurado y credenciales del constitucionalismo”, op. cit., esp. pp. 106 y ss.

62 En concreto, art. 4 de la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888 que atribuye al conocimiento del Tribunal del Jurado el conocimiento de las causas por delito cometido por



Con posterioridad, existe un intento de acercamiento al modelo anglo-americano y así la Constitución federal mejicana de 1857 establece en un principio el derecho (constitucional) al Jurado por parte del acusado a modo de garantía fundamental, tal y como consta en el artículo 24 de su Proyecto y el cual, pese a todo,<sup>64</sup> no llega a ser incluido en la posterior redacción definitiva. Habrá de esperarse hasta la reforma constitucional de 1898 y, más concretamente, a la actual Constitución federal de 5 de febrero de 1917 para entender incorporada a nivel constitucional (federal) la institución del Jurado —al menos desde un plano teórico y hasta su efectiva supresión por vía de hecho en 1929—<sup>65</sup> regulación que se realiza desde dos perspectivas; así, una primera, en cuanto obligación de ser jurado, por tanto, el deber de los ciudadanos de prestar un “servicio público” obligatoria y gratuitamente,<sup>66</sup> y, una segunda, como garantía constitucional del acusado, al menos respecto de aquellos “delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación”.<sup>67</sup>

---

medio de imprenta, grabado u otro medio mecánico de reproducción, exceptuando los delitos de lesa majestad y los de injuria y calumnia vertida contra particulares.

63 “ ... En todo caso, excepto el de difamación, los delitos de imprenta serán juzgados por jueces de hecho y castigados sólo con pena pecuniaria o de reclusión”.

64 A decir de algunos, la razón fundamental estriba en los conflictos originados con la “jurisdicción” indígena de aquella época; en este sentido, CLAVERO, B. “Crédito del Jurado y credenciales del constitucionalismo”, op. cit., esp. pp. 111 y ss. Sin embargo, la regulación constitucional de carácter estatal sigue contemplando la institución del Jurado y así, a la fecha, el mismo es ya incluido en el articulado de 27 Constituciones estatales.

Por su parte, la redacción del art.24 del referido proyecto constitucional preveía entre las garantías procesales penales del acusado “que se le juzgue breve y públicamente por un jurado imparcial, compuesto de vecinos honrados del Estado y Distrito en donde el crimen ha sido cometido”.

65 Sobre ello y desde un punto de vista crítico, véase ALCALÁ-ZAMORA, N. “A propósito del Jurado”, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (BICAM) 1980, nº 3, pp. 9 y ss, esp. pp. 29-30; más ampliamente, respecto de este país en particular, en su obra compilatoria *Derecho Procesal Mexicano*, t.II, op. cit., esp. pp. 523 y ss.

66 Textualmente, el artículo 5 de la Constitución mejicana de 1917 dispone que “en cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los de jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito”.

67 Art. 20.6, entendiéndolo por Jurado aquel compuesto por “ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión”.

Por último, un supuesto particular lo constituía en la redacción constitucional original el Gran Jurado configurado por la Cámara de Diputados y/o Senado,<sup>68</sup> que se ocupaba de dirimir la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en la línea prevenida por los arts. 108 y siguientes de la misma Constitución. A tal efecto fue dictada la Ley para la exigencia de responsabilidades a los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito de 30 de diciembre de 1939 y que, además de ser tardía dada la “brevedad” constitucionalmente exigida,<sup>69</sup> su éxito también fue escaso desde un punto de vista práctico; fueron tales las críticas<sup>70</sup> que, finalmente, se optó por su derogación en la reforma constitucional de 1990.<sup>71</sup>

**c) Brasil:** suprimido el Jurado en otros países del área de Suramérica como es el caso de Argentina,<sup>72</sup> pervive aún hoy en otros como por ejemplo Brasil. Así, creado en este país el Tribunal del Jurado mediante la Ley de 18 de junio de 1821, si bien con competencia limitada al enjuiciamiento de los llamados delitos de imprenta bajo influencia de la legislación española, se acoge tam-

---

68 Así, mientras la Cámara de Diputados actúa a modo de Jurado de Acusación, ocupándose en determinar “si ha o no lugar a proceder contra el acusado” (art. 109), el Senado se comporta como Jurado de Calificación a tenor del art. 111.

69 No en vano, el art. 111 de la Constitución de 1917, aún vigente, dispone que “el Congreso de la Unión expedirá, a la mayor brevedad, una ley de reponsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales, determinando como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aun cuando hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso. Estos delitos o faltas serán siempre juzgados por un Jurado Popular, en los términos que para los delitos de imprenta establece el artículo 20”.

70 Por ejemplo y a decir de ALCALÁ-ZAMORA, nunca fue objeto de enjuiciamiento la responsabilidad de “peces gordos”, mientras que la de los “peces chicos” derivaba en veredictos de inculpabilidad, por otra parte, nada sorprendentes dada la calidad de los hechos delictivos enjuiciados; así, ALCALÁ-ZAMORA, N. “A propósito del Jurado”, op. cit., esp. pp. 36 y 37. Más ampliamente, sobre tales jurados mejicanos de responsabilidades, el mismo autor en su volumen de *Derecho Procesal Mexicano*, t.II, op. cit., esp. pp. 610 y ss.

71 El nuevo texto constitucional fue objeto de publicación en el Diario Oficial de la Federación de 6 de abril de 1990.

72 Promulgado en su día bajo la Ley de 6 de mayo de 1877, n. 3814, sobre el Jurado. Ello aun cuando tal institución se halla constitucionalmente prevista al menos en alguna Constitución estatal como es el caso de la provincia de Córdoba, en cuyo texto se establece cómo “la ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados” (art. 162); precisamente, al hilo de las discusiones que tuvieron lugar respecto del proyecto constitucional, el Dr. Cafferata Norés

bién su previsión en las distintas normas constitucionales<sup>73</sup>—así, por ejemplo y entre otras, en la Constitución imperial de 1824 (art. 179) o la anterior Constitución de 1969 (art. 159.18)— hasta llegar a la regulación actual ofrecida por la Constitución de 5 de octubre de 1988 en su artículo 98,<sup>74</sup> bajo el modelo de Jurado “puro”. Por lo demás, su régimen jurídico en cuanto a composición, organización y funcionamiento es objeto de previsión en la ley ordinaria, en concreto, en el vigente *Código de Proceso Penal*,<sup>75</sup> aprobado mediante Decreto-ley nº 3.689, de 3 de octubre de 1941 (arts. 406 y ss).

### III. Precedentes constitucionales y legislativos en el ordenamiento jurídico español

Los primeros antecedentes históricos españoles en lo que respecta a la institución del Jurado se encuentran en el siglo XIX, dejando a un lado un posible origen remoto derivado del Fuero Juzgo.<sup>76</sup> Recordemos así como su traslado

---

se preocupó en aclarar como, a su juicio, “la Constitución no impone esta institución, simplemente deja abierta la posibilidad de que la ley procesal establezca esta institución y regle en qué casos y cuáles son los requisitos para la integración de tribunales por jurados” (*Constitución de la provincia de Córdoba*, edición coordinada por COPPARI, L.H. Y FIGUEROA, E.A., Córdoba 1987, esp. pp. 162 y 163).

Así también el texto de la Constitución federal argentina en su redacción de 15 de abril de 1994 que reforma la edición original de 1853 y en cuyo art. 118 se declara que “todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho del acusado concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurado, luego que se establezca en la República esta institución”.

73 Salvo excepciones, como es el caso de la Constitución de 1937 que suprime su tratamiento y lo deriva a la legislación ordinaria. Así, para este país, PELLEGRINI GRINOVER, A. “La participación popular en los Tribunales penales”, *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, op. cit., pp. 433 y ss, esp. pp. 439 y ss.

74 “A União, no Distrito Federal e os Territórios, e os Estados criarão: I. Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competetes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas civeis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo permitidos nas hipótesis previstas em lei, a transação e o julgamento, de recursos por turmas de juízes de primer grado”.

75 Arts. 406 a 502 inclusive.

76 En concreto se cita el Fuero municipal de Toledo de 16 de enero de 1222 otorgado por Fernando III el Santo y a tenor del cual “todos us juicios dellos sean juzgados segun el Fuero Juzgo ante diez de sus mejores e mas nobles e mas sabio dellos y

deriva de la influencia de los postulados revolucionarios franceses así como la importación de las teorías de Montesquieu y Rousseau, sin desdeñar la influencia italiana ejercida a través de la traducción de la obra de Beccaria (*De los delitos y de las penas*) en el sentido y en la forma arriba expuesto. De este modo se sucede la promulgación de diferentes Cartas constitucionales y, de manera pareja, legislación procesal ordinaria y/o especial que procede en algún caso a la implantación del Jurado. Procedemos así a realizar un breve examen<sup>77</sup> diferenciado de unas y otras normas en atención a su rango y teniendo en cuenta su dictado a menudo paralelo.

## 1. Precedentes constitucionales

En este sentido, recogemos el articulado contemplado en las distintas Cartas Magnas, comenzando por el precedente indiscutible mantenido por la Constitución de Cádiz en cuanto primer texto constitucional a reseñar dentro del “proceso constitucional español”.<sup>78</sup> Ello aún reconociendo, bien es cierto, que la primera cita alusiva al Jurado se realiza en el artículo 106 del Estatuto de Bayona de 6 de julio de 1808, precisamente con encargo a las “primeras Cortes” de determinar su establecimiento o no, en clara conexión con la vigencia del principio de publicidad, al menos en sede penal.<sup>79</sup> Así, podemos hacer

---

sean siempre con el Alcalde la ciudad y en testimonianza de todo el reino”. Así lo recuerda FAIRÉN GUILLÉN, V. “La participación de los ciudadanos en la administración de Justicia: los Tribunales de Jurados y de Escabinos”, op. cit., esp. p. 170

77 Más ampliamente, FAIRÉN GUILLÉN, V. *El Jurado: cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas de 1995*, op. cit., esp. pp. 25 y ss, y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. pp. 127 y ss, así como, en particular, “La historia de la participación popular en la Justicia en España”, ponencia presentada a la Conferencia Internacional sobre la “Lay participation in the Criminal Trial in the Twenty-First Century” celebrada en Catania, Sicilia, en mayo de 1999, pendiente de publicación. Del mismo modo, las monografías de ALEJANDRE GARCÍA, J.A. *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los tribunales de jurados*, op. cit., esp. pp. 79 y ss y CULEBRAS PÉREZ, M.L. *El Jurado en el constitucionalismo español*, Alicante 1997, esp. pp. 25 y ss.

78 De esta opinión, FONT Y RÍOS, J.M. *Apuntes a la historia del Derecho español*, Barcelona 1969, esp. p. 350 (C).

79 “El proceso criminal será público. En las primeras Cortes se tratará de si se establecerá o no el proceso por jurados”. Sin embargo, tales Cortes no llegaron a constituirse.

reseña de los siguientes precedentes constitucionales hasta la redacción actual del art. 125 CE en 1978.<sup>80</sup>

**a) Constitución de Cádiz:** es así el artículo 307 de la Constitución de 19 de marzo de 1812 donde cabe encontrar la primera referencia constitucional positiva a la institución del Jurado, aun cuando tampoco es la única que se deriva de tal texto constitucional.<sup>81</sup> Por su parte, el precepto mencionado – que ha de ponerse en relación con otros como el artículo 278<sup>82</sup> en previsión de la vigencia de Tribunales especiales– determina expresamente que “si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces de hecho y del derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente”, en una lectura que recuerda en bastante medida (también por su prudencia, aún mayor si cabe) a la redacción del anterior artículo 106 del Estatuto de Bayona. Sin embargo, habrá de esperarse al restablecimiento de la vigencia constitucional –toda vez superado el período absolutista–<sup>83</sup> a partir del Manifiesto regio de 10 de marzo de 1820 para que se produzca el anunciado desarrollo legal ordinario todavía incipiente.<sup>84</sup>

**b) Constitución de 1837:** ante el silencio propugnado por el Estatuto Real de 10 de abril de 1834 y el posterior proyecto constitucional del ministro Isturiz de 20 de julio de 1836,<sup>85</sup> la Constitución de la monarquía española promulgada el

---

80 De modo particular, para un detenido análisis de tales precedentes constitucionales, véase la monografía de DAVO ESCRIVA, F. *El Tribunal del Jurado: Reflexiones acerca de su desarrollo constitucional*, Madrid 1988, esp. pp. 49 y ss.

81 En efecto, ha de recordarse la alusión que en el Preámbulo de la misma se realiza al remoto precedente del Jurado en el Fuero Municipal de Toledo ya mencionado así como al desarrollo inglés de la institución (C).

82 “Las leyes decidirán si ha de haber tribunales especiales para conocer de determinados negocios”. De ahí puede deducirse la consideración del Tribunal del Jurado como órgano jurisdiccional especial, en la línea por nosotros más arriba mantenida; mayores dudas plantea ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “A propósito del Jurado”, op. cit., esp. p. 10, criticando además y con fundamento la expresión de “negocios” aplicable al ámbito penal.

83 Derivado del Manifiesto del 4 de mayo de 1814 sobre la abrogación del régimen constitucional.

84 Se trata de la instauración del Tribunal del Jurado mediante la Ley de imprenta de 22 de octubre de 1820 a la que luego nos referiremos y la cual limitaba su competencia a los delitos producidos con este medio.

85 Si bien es cierto que podría entenderse incluido implícitamente en la declaración emitida por el art. 46, según el cual “las leyes determinarán el número y clase de tribunales que haya de existir y el método de enjuiciar que haya de adoptarse”; no

18 de junio de 1837 reitera la referencia al Tribunal del Jurado y su competencia para el enjuiciamiento de los delitos de imprenta antes mencionados en su artículo 2.<sup>86</sup> Tiene así lugar, a la luz del mandato constitucional, la reinstauración del Tribunal del Jurado creado por la Ley de Imprenta de 1820, lo cual se produce por la Ley de 17 de octubre de 1837. Sin embargo el mismo y aun a costa de la reforma operada por el Decreto de 10 de abril de 1844,<sup>87</sup> es objeto de ulterior supresión en la Constitución de 1845 que omite cualquier referencia al respecto; ciertamente un intento se realiza en su posterior restablecimiento constitucional en 1856, si bien la duración del mismo no alcanzó siquiera los 30 días.<sup>88</sup>

**c) Constitución de 1869:** con antecedentes en la Constitución nonata de 1856,<sup>89</sup> tiene lugar una considerable ampliación de la competencia del Tribunal del Jurado a partir de la redacción del artículo 93 incluido en el texto constitucional de 1 de junio de 1869 dictado durante el período revolucionario, así: “se establecerá el juicio por jurados para todos los delitos políticos, y para los comunes que determine la ley”. Además del citado precepto se trasluce un

---

en cambio en el art. 47 relativo al principio de publicidad, pese a la defensa que al respecto realiza ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “A propósito del Jurado”, op. cit., esp. p. 11.

- 86 “... La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados”.
- 87 Que en definitiva vaticina su supresión, tal y como queda reflejado en el Preámbulo de dicho texto legislativo y parte del cual se recoge en la obra de PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. pp. 137. Sobre las reformas operadas por dicho Decreto ha de hacerse constar, por ejemplo, la limitación que sufre el censo municipal –además de la politización– para proceder a la selección de los jurados por cuanto a partir de ahora son excluidos, entre otros, los “proletarios e ignorantes”.
- 88 Nos referimos al art.1 del R.D. de 15 de septiembre de 1856 que promulga el Acta Adicional a la Constitución de la monarquía española de 1845, así: “la calificación de los delitos de imprenta corresponde a los jurados, salvo las excepciones que determinen las leyes”. Sin embargo, este Acta Adicional –y con ello la previsión del Jurado– es derogada mediante ulterior R.D. de 14 de octubre de 1856, a tenor del cual se decreta la exclusiva vigencia de la Constitución de 1845 (art. 1).
- 89 Aun cuando el art. 73 procuraba una competencia de carácter general por parte del Tribunal del Jurado al prever que “las leyes determinarán la época y el modo en que ha de establecerse el juicio por jurados para *toda clase de delitos*” (la cursiva es nuestra). Por ello, a decir de algunos, no se produce una ampliación de competencias sino, por el contrario, una reducción; así, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “A propósito del Jurado”, op. cit., esp. p. 12.

mayor apoyo a la institución —y con ello, voluntad política en favor de su vigencia—, por cuanto acto seguido se prevé la determinación legal de las condiciones para acceder al “cargo” de jurado. No olvidemos que es durante la vigencia de esta norma constitucional cuando se promulga la legislación orgánica y procesal más importante de la época, contemplando ambas la institución del Jurado; así, la Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870 y la Ley —también provisional— de Enjuiciamiento Criminal de 1872, ambas objeto de inmediata referencia.

**d) Constitución de 1931:** la Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931 reitera nuevamente la regulación constitucional del Jurado, esta vez bajo la fórmula de la participación popular en la administración de Justicia de forma bastante similar a la del precepto constitucional hoy aplicable, al menos desde un punto de vista formal. Hasta entonces sólo el proyecto de Constitución federal de la I República española de 17 de julio de 1873 incluía alguna mención al respecto,<sup>90</sup> dado el posterior silencio de la Constitución de la monarquía española de 30 de junio de 1876<sup>91</sup> o el Anteproyecto de Constitución de la monarquía española de 1929.

De este modo, el artículo 103 refiere como “el pueblo participará en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, cuya organización y funcionamiento serán objeto de una ley especial”. Precisamente, esta legislación especial se produce con la promulgación de la Ley del Jurado de 27 de julio de 1933 que deroga la anterior de 1888 tras las sucesivas modificaciones y reformas operadas en 1931<sup>92</sup> y la cual reduce considerablemente la competencia de tal Tribunal del Jurado en comparación con la entonces existente “para toda clase de delitos”.<sup>93</sup>

No obstante, hemos de advertir la distinción de este Jurado “ordinario” de aquel Jurado “especial” contemplado en el artículo 99 del mismo texto cons-

---

90 Por ejemplo y en concreto, “el derecho a ser jurado y juzgado por jurados” (art. 8), el ejercicio del poder judicial por jueces y jurados (art. 48) y el establecimiento del jurado “para toda clase de delitos” (art. 73.4).

91 Pese al cual se produce la primera legislación especial relativa al Jurado, cual es la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888.

92 Así a partir de sendos Decretos de 18 de junio de 1931 y, principalmente, de 22 de septiembre de 1931 aún en vigor a la promulgación del nuevo texto constitucional.

93 Sin obstáculo a la posterior ampliación a los delitos contra el orden público que se produce a partir de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 al incluir los delitos contra el orden público.

titucional que, en intervención conjunta con el Tribunal Supremo, se ocuparía en determinar “la responsabilidad civil y criminal en que pueden incurrir los Jueces, Magistrados y Fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas” y “cuya designación, capacidad e independencia regulará la (una) ley” igualmente especial. Tal es la Ley de 13 de junio de 1936 que, en su previsión del nombramiento conjunto de jueces de hecho y de derecho,<sup>94</sup> se acerca a la fórmula del jurado “mixto” o escabinado en lugar del modelo de jurado “puro” establecido con carácter general para el enjuiciamiento de aquellas causas civiles y penales legalmente determinados.

Finalmente, tales precedentes constitucionales de dicha participación popular concluyen con el inicio de la guerra civil a partir del alzamiento militar del día 18 de julio de 1936 y la extensión a todo el Estado español al final de la misma del Decreto 138/1936, de 29 de septiembre, que proclama la asunción del nuevo poder estatal por parte del General Franco, a cuyo tenor tiene lugar la consiguiente derogación de las disposiciones normativas entonces en vigor, entre ellas la constitucional. Habrá de esperarse así a la caída del régimen y la promulgación de la Constitución de 29 de diciembre de 1978 para restablecer la “posible” participación popular en la administración de justicia a través del artículo 125.

## 2. Precedentes legales

En esta línea, cabe encontrar antecedentes del régimen jurídico de la institución del Jurado contenidos, bien en la legislación material, orgánica o procesal de carácter ordinario, o bien en determinada legislación especial dictada al amparo de la norma constitucional. En un intento de simplificación, procedemos a enumerar el listado de los mismos conforme a un orden cronológico:

**a) Ley de Imprenta de 1820:** la primera previsión del Tribunal del Jurado tiene lugar mediante la susodicha ley de 22 de octubre de 1820<sup>95</sup> dictada al amparo

---

94 En número de cinco magistrados del TS como jueces de derecho y doce jurados como jueces de hecho, aun cuando respecto de estos últimos se cometió el error de reservar una mitad de las plazas a miembros de determinadas asociaciones políticas. En esta línea, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “A propósito del Jurado”, op. cit., esp. p. 15.

95 Si bien y a decir de DAVO ESCRIVA, con antecedente en el anterior Decreto de Libertad de Imprenta de 10 de noviembre de 1810 que instaura un órgano “parajudicial” como son las Juntas de Censura, luego en 1820 sustituidas por los Tribunales de Jurados; así, DAVO ESCRIVA, F. *El Tribunal del Jurado* ..., op. cit., esp. p. 52.



de la Constitución de Cádiz en su segundo período de vigencia durante el llamado trienio constitucional. De este modo, la Ley de Imprenta instaura un doble Jurado, de Acusación y de Calificación, con competencia reducida ambos para la acusación y enjuiciamiento de aquellos delitos producidos por tal medio de difusión, en suma relativos a la libertad de expresión. El procedimiento para la selección de los miembros de uno y otro, con origen censitario, radicaba en la designación por parte de los Ayuntamientos<sup>96</sup> de 18 ciudadanos residentes en la capital, mayores de 25 años y con disfrute de sus derechos; entre ellos se realizaba un primer sorteo para extraer los cinco miembros del Jurado de Acusación y otro posterior entre los restantes para seleccionar siete que conformaran el Jurado de Calificación presidido por un Juez letrado.<sup>97</sup> El veredicto formulado por dicho Jurado acoge, desde aquí y ahora, el principio de la mayoría al ser exigidos los dos tercios de votos a favor de la culpabilidad.

Esta regulación inicial adolecía de defectos, por otra parte lógicos, como corresponde a una primera experiencia juradista en nuestro país; se ha hecho constar la ausencia de independencia de los jurados dada su selección por el propio Ayuntamiento –por otra parte compleja a partir de los sucesivos sorteos– y así el control de sus candidatos por las propias formaciones políticas.<sup>98</sup> Aun cuando tal mecanismo de selección fue reformado por la Ley adicional de 12 de febrero de 1822, nada se corrige con la nueva regulación del nombramiento conjunto de tales jurados entre Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos locales.

Por último, recordemos que, suprimido este Tribunal del Jurado mediante el Manifiesto del 4 de mayo de 1814 dictado durante el período absolutista, vuelve a ser reinstaurado –y con ello la vigencia de esta Ley de Imprenta– en una doble ocasión. Así y en primer lugar, por imperativo de la Constitución de 1837 y hasta su supresión por la de 1845 mediante la Ley de 17 de octubre de 1837; en segundo lugar, durante un período mucho más breve con motivo del

---

96 De ahí la crítica, con acierto, del excesivo control del ejecutivo en la elaboración de tales listados; así, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la Administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. p. 131.

97 Sus concretas atribuciones se realizan en los arts. 45 y 58 de dicha ley.

98 En este sentido, DAVO ESCRIVA, F. *El Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. p. 59 y más ampliamente, ALEJANDRE GARCÍA, J.A. “La experiencia histórica sobre la competencia del Jurado y la elección de sus miembros”, *Jornadas sobre el Jurado*, Cáceres 1989, pp. 15 y ss, esp. p. 21. También en particular y en el mismo volumen, SORIANO, R. “El legislador español y el Jurado: 1820, 1888 y 1933”, pp. 149 y ss.

dictado del Acta Adicional a la anterior Constitución monárquica de 1845 y la cual es derogada en un plazo inferior a un mes.<sup>99</sup>

**b) Código Penal de 1822:** promulgado el 9 de julio del año citado y aún discutida la vigencia del mismo,<sup>100</sup> lo cierto es que en su contenido incorpora ciertas previsiones relativas al Jurado; así, por ejemplo y, fundamentalmente, el art. 582<sup>101</sup> en relación con los delitos cometidos y responsabilidad derivada del ejercicio del cargo... etc. Claro está, la regulación es meramente incidental y se realiza para el Jurado con anterioridad instaurado por la Ley de Imprenta de 1820 arriba mencionada.

**c) Proyecto de Código de Procedimiento criminal de 1823:** aun cuando no constituyera Derecho positivo, merece al menos hacer una cita de este meritorio proyecto<sup>102</sup> que, por lo que a la institución del Jurado respecta, supone un amplio reconocimiento de la misma, por cuanto prevé una competencia general de dicho Tribunal para el enjuiciamiento de todos los delitos graves con la única excepción de los delitos cometidos por autoridades y ciertos funcionarios públicos.<sup>103</sup> Contempla en igual medida el doble Jurado, de Acusación, formado por 18 jurados mayores de 30 años vecinos y alfabetos, y el Jurado de Calificación, compuesto por 12 jurados bajo la presidencia de un magistrado de la Audiencia. Sin embargo, poco ha variado –y con ello los

---

99 Nos remitimos a lo ya expuesto respecto de tales precedentes constitucionales.

100 Más ampliamente, LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la Codificación española*, t.5, *Codificación penal*, vol.I, Ministerio de Justicia, Madrid 1970, esp. pp. 111 y ss.

101 “El juez de hecho que se negare á admitir y desempeñar este encargo, ó dejar de asistir sin causa legítima á un juicio después del llamado por segunda vez á él, será reprendido y pagará una multa de cinco á quince duros”; tal artículo se incluye en el Capítulo único del Título VIII bajo el epígrafe “De los que rehusan al Estado los servicios que le deben”.

102 No en vano y en palabras de GIL SANZ, “el proyecto de *Código de procedimiento criminal*, es uno de los trabajos que más honran á las Cortes de aquella época, iendo de lamentar, que en nuestros tiempos se haya prescindido de él, entregándole á un completo olvido. Entre otros méritos, tenía el de comprender casi todo lo que con los negocios criminales se relaciona, desde el primero al último trámite...”; así, GIL SANZ, A. “De la institución del Jurado”, RGLJ 1873, nº 42, pp. 232 y ss, p. 234, nota 1. Sobre las causas de su fracaso, véase DAVO ESCRIVA, F. *El Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. p. 63.

103 Véase el Preámbulo de dicho proyecto de Código procesal criminal y el comentario al respecto de ALEJANDRE GARCÍA, A. *La Justicia popular en España*, op. cit., esp. p. 99.

problemas— el sistema de selección de los jurados, con intervención así de los Ayuntamientos, Diputaciones provinciales y ahora gobernadores civiles.

**d) Ley de Imprenta de 1864:** sin duda merece destacarse la Ley de 22 de julio de 1864 por el particular precedente legislativo que supone al instaurar el antiguo Tribunal del Jurado de la primitiva Ley de Imprenta de 1820 —tras su ausencia en la Ley de Imprenta de 13 de julio de 1857— con una “mixtura escabinal extraña”.<sup>104</sup> En efecto, tales Tribunales se constituyen por los nuevos Jueces de Imprenta creados a tal efecto por la ley citada y acompañados de 12 jurados extraídos mediante un sistema de selección de nuevo censitario entre un amplio cuerpo de jurados,<sup>105</sup> los cuales —he ahí la particularidad— no emiten veredicto sino “sentencia” con imposición de pena en virtud del artículo 65 de dicha Ley. Sin embargo la regulación contemplada no alcanza a proveer de un modelo de escabinado en su totalidad o éste ha de calificarse de imperfecto, ausentes otras características que singularizan tal institución.

**e) Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870:** la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 cuya elaboración se debe al insigne jurista Eugenio Montero Ríos y hasta hace poco vigente —pese a su afirmaba provisionalidad—<sup>106</sup> también contemplaba al Jurado en el seno de su articulado, así y en concreto en el artículo 276.2 en su enunciado respecto de las atribuciones previstas para las “Salas de lo criminal de las Audiencias ... con intervención del Jurado”. De este modo y como ya aparecía indicado en su Preámbulo,<sup>107</sup> la competencia del Tribunal del

---

104 Recogemos textualmente la expresión vertida por FAIRÉN GUILLÉN, V. *El Jurado ...*, op. cit., esp. p. 28. El mismo autor duda del calificativo de “moderado” impuesto al Gobierno de Cánovas del Castillo ante la promulgación de una ley de este tipo en clara demostración de sus ideas progresistas.

105 A tenor de los arts. 38 y ss, un máximo “de 1.000 individuos en Madrid, de 500 en las capitales de provincia de primera clase y de 200 en las demás”. En cuanto a la extracción del mismo, ésta tenía lugar a partir de los 500 mayores contribuyentes de Madrid, 300 en las capitales de primera clase y 100 en las de segunda, además de los 50 abogados más antiguos y con mayor volumen de cuota colegial de Madrid... etc. que conformaban dicho cuerpo de jurados.

106 Aun cuando, como advierte FAIRÉN, tal provisionalidad deriva entonces del hecho de no haber sido todavía promulgada una norma constitucional que la ampare; así en su monografía *El Jurado ...*, op. cit., esp. p. 30.

107 Cuyo texto así como un amplio análisis de esta legislación se recoge en la recopilación de LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la Codificación española*, t.I, *Organización Judicial*, Madrid 1998, esp. pp. 101 y ss.

Jurado se reserva para los delitos políticos y los comunes en conformidad con lo preceptuado en el artículo 93 de la Constitución de 1869 arriba expuesto, siendo los primeros los que plantearon en su día mayores problemas a la hora de su determinación;<sup>108</sup> se trata, en suma y a tenor del mencionado art. 276.2 LOPJ, de aquellos delitos (comunes) con penas superiores a la de presidio mayor y de aquellos delitos (políticos) de lesa majestad, rebelión y sedición.

En todo caso, la Ley de 1870 incorpora novedades como es, entre otras y a modo de ejemplo,<sup>109</sup> la simplificación del modelo del Jurado al suprimir el Jurado de Acusación hasta entonces vigente, la racionalización del sistema de selección de los candidatos a jurados y la ampliación de la posibilidad de recusación así como de examen de las pruebas de cargo. Sin embargo, ha de esperarse a la inmediata promulgación de la Ley *provisional* de Enjuiciamiento Criminal para dotar del adecuado marco procesal penal a este Tribunal y cuya necesidad había sido ya puesta de relieve en el propio Preámbulo de esta Ley provisional.<sup>110</sup>

**f) Ley *provisional* de Enjuiciamiento Criminal de 1872:** si bien en un principio el encargo recibido por el magistrado D. Álvaro Gil Sanz se refería a la elaboración de un borrador para una futura Ley de Jurado, el Decreto de 11 de julio de 1872 que procede al nombramiento de una Comisión a tal fin preveía ya la ampliación de esta regulación inicial a un proyecto de ley procesal penal cuya redacción finaliza el 14 de septiembre del mismo año y es promulgada por Decreto de 22 de diciembre del mismo año, antes de la proclamación de la República el 11 de febrero de 1873.<sup>111</sup> Así pues y por lo que respecta a la constitución y funcionamiento del Tribunal del Jurado, su régimen jurídico se

---

108 Véase al respecto, GIL SANZ, A. "De la institución del Jurado", op. cit., esp. p. 237.

109 Sobre ello, MONTERO RÍOS, E. "Algunas ideas generales acerca de la inamovilidad judicial y la institución del Jurado, con otros puntos capitales de reforma que el Gobierno se propone en nuestro procedimiento (Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 16 de septiembre de 1872)", RGLJ 1872, nº 41, pp. 113 y ss.

110 Así, "la Constitución estableció el jurado para los delitos políticos y para los comunes que la Ley Orgánica de los Tribunales reservaba a su competencia. Indispensable es, por lo tanto, desenvolver este precepto constitucional como base necesaria sobre que ha de descansar la nueva Ley de Procedimientos criminales".

111 Especial interés pone FAIRÉN en resaltar como la redacción de la LECrim de 1872 tuvo aún lugar bajo el reinado de Amadeo de Saboya, antes del advenimiento de la I República española; así en su monografía sobre *El Jurado ...*, op. cit., esp. p. 31.

encuentra previsto en el Título IV y V del Libro II<sup>112</sup> —en concreto, arts. 658 y ss— de dicha ley con las características que a continuación se reseñan.

La composición del Tribunal del Jurado divide la sección de hecho y de derecho,<sup>113</sup> de esta manera prevé la reunión de doce jurados y tres magistrados de la audiencia correspondiente con competencia para el conocimiento de tales delitos comunes y políticos a los que hacía inmediata referencia el art. 276.2 LOPJ y ahora el art. 661 LECrim. Se trata por tanto —y en consonancia con la regulación ofrecida por la LOPJ— del modelo de Jurado de Calificación, toda vez suprimido el de Acusación<sup>114</sup> por la legislación orgánica, compuesto por jurados hombres “cabezas de familia, y adornado(s) de los demás requisitos generales, de edad superior a 30 años, goce de derechos políticos y civiles, saber leer y escribir”<sup>115</sup> o, en su defecto, poseedores de cierta capacitación profesional.<sup>116</sup>

Por su parte, el cargo de jurado es gratuito y obligatorio, sin estar prevista la existencia de indemnización alguna.<sup>117</sup> Además, se encuentra también legal-

---

112 Un extenso comentario de este articulado se realiza de forma particular y en la época por GÓMEZ RODRÍGUEZ, T. “Observaciones al Título IV y V del Libro II de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal: el Jurado”, RGLJ 1873, nº 43, pp. 140 y ss, pp. 248 y ss, pp. 305 y ss, y pp. 399 y ss.

113 División más bien de carácter formal que material, por cuanto la regulación legal establecida en los arts.661 y s LECrim preveía que los jurados, además de declarar la culpabilidad e inocencia del acusado, procedieran a la calificación del hecho delictivo así como a la apreciación de circunstancias atenuantes y agravantes mientras que los magistrados se ocupaban de la imposición de la pena correspondiente. La referida ampliación de funciones en favor de los jurados denota cierta confusión en la separación entre cuestiones de hecho y de derecho; así, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. p. 146.

114 No en vano “parécela que su establecimiento produciría una complicación grave, y una dificultad material no leve, sobre todo cuando vá á realizarse un ensayo para cuyo buen éxito conviene dejar muy expedito el campo en que ha de desenvolverse”; esta es la opinión de la Comisión en cita textual de GIL SANZ, A. “De la institución del Jurado”, op. cit., p. 241.

115 GIL SANZ, A. “De la institución del Jurado”, op. cit., p. 239. Las mujeres no formaron parte —y aun con limitaciones— de las listas de jurados hasta la promulgación del Decreto de 27 de abril de 1931 ya en la II República.

116 Art.692 LECrim.

117 Es más, justifica la Comisión que “ciertos deberes hay necesidad de imponerlos, y de no rebajarlos al vulgar nivel de una indemnización pecuniaria; cerrando así la puerta á las vacilaciones del egoísmo, y arraigando en los ánimos la idea de que el

mente previsto un amplio listado de incapacidades y excusas, no así la responsabilidad de los jurados ante la inexistencia de sanción alguna. En cuanto a su selección, ésta resulta todavía complicada pues se realiza en tres etapas a partir de diversas Juntas, cada una de diferente composición.<sup>118</sup> Contra ellos cabe la recusación incluso al inicio del juicio y públicamente, lo que en la época era motivo de no pocas críticas.<sup>119</sup> Precisamente, tras el último sorteo realizado por el Presidente de la Audiencia entre los individuos restantes, tiene lugar la designación de los doce jurados que, como sección de hecho, se ocuparán de emitir el veredicto correspondiente por mayoría absoluta.<sup>120</sup>

Desde luego el régimen jurídico de Jurado aquí previsto es susceptible de objeciones, si bien cabe destacar de forma importante que quizás tampoco fuera el momento más afortunado para su implantación, dada la inestabilidad política y social de la época.<sup>121</sup> De esta manera y apenas producida la restauración de la monarquía el 31 de diciembre de 1875, se suspende la aplicación de la LECrim en lo que respecta al funcionamiento del Tribunal del Jurado; ello tiene lugar mediante Decreto de 3 de enero de 1876. Así pues, comienza una nueva etapa legislativa, si cabe la más “gloriosa” para la institución que nos ocupa.

**g) Ley del Jurado de 1888:** tras la supresión del anterior Tribunal del Jurado y su fracasada implantación con carácter duradero debido a las circunstancias políticas ya reseñadas unido a la inexperiencia de la época en la institución,<sup>122</sup> tiene lugar la promulgación de la vigente LECrim mediante Decreto de

---

cumplimiento de los deberes es condición esencial para que sea una verdad el disfrute de los derechos” (GIL SANZ, A. “De la institución del Jurado”, op. cit., p. 235.)

118 Vid. arts.671 y ss LECrim.

119 Véase GÓMEZ RODRÍGUEZ, T. “Observaciones al Título IV y V del Libro II de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal: el Jurado”, op. cit., esp. pp. 171 y ss, para quien “es verdaderamente doloroso que, a presencia de tantas personas respetables, y al ir a tomar asiento en el que va a ser el templo de la justicia, se le diga a una persona bien educada y de amor propio, que está allí de más porque no merece la confianza”; defiende así la recusación escrita ante la sección de derecho o presidente para evitar semejante “bochorno”.

120 En caso de empate, decidía el voto de aquel jurado que ocupase la presidencia de tal sección de hecho, con el evidente peligro que ello entrañaba. Por ello la tradicional preferencia por la composición del Jurado en número impar.

121 Recordemos, desarrollo de las guerras carlistas, caída del reinado de Amadeo de Saboya, advenimiento de la I República, restauración de la monarquía española... todo ello entre los años 1872-1875.

14 de septiembre de 1882 y a su amparo, la gestación de una nueva Ley de Jurado. Esta vez se opta por el modelo de legislación especial que tiene un origen claramente político a partir del Pacto de El Pardo firmado entre liberales y conservadores<sup>123</sup> y así el anuncio por parte de Sagasta en 1886 de la elaboración de un Proyecto de Ley de Jurado; éste se encarga al entonces Ministro de Gracia y Justicia, Alonso Martínez, quien, aun no siendo estrictamente partidario de la institución,<sup>124</sup> finalmente presenta un proyecto que a la postre constituirá la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888.

De este modo, la nueva legislación se inspira de forma notable en la anterior regulación ofrecida en la LECrim de 1872, aun cuando aprecia ulteriores influencias provenientes de otros ordenamientos jurídicos extranjeros y de las opiniones vertidas en los informes recabados desde distintas instituciones públicas (Audiencias, Colegios de Abogados, Universidades) y/o privadas. Así, se hace sentir esta inspiración ya en el propio artículo 1º que fija la composición del nuevo Tribunal del Jurado también en doce jurados o jueces de hecho y tres magistrados o jueces de derecho, mención esta última que hizo necesaria la reforma del art. 145 LECrim.<sup>125</sup> En todo caso se añade la previ-

- 
- 122 Relata, por ejemplo, GONZÁLEZ DE ALBA en su comentario a la nueva legislación como el anterior Jurado constituido al amparo de la LECrim de 1872 “vivía en la asfixiante atmósfera de las pasiones exaltadas, y en medio de los horrores de fraticidas luchas, sin costumbres judiciales en los jueces de hecho, ni hábitos en las gentes de comparecer públicamente ante los Magistrados”; así, GONZÁLEZ DE ALBA, P. “Observaciones a la ley del jurado”, RGLJ 1890, nº 76, pp. 346 y ss, esp. p. 349. Entre otros comentarios a esta legislación merece destacarse fundamentalmente la obra de PACHECO, F.A. *La Ley del Jurado comentada*, Madrid 1888; así también y cien años más tarde, el volumen colectivo publicado por el Ministerio de Justicia bajo el título *Jornadas conmemorativas del centenario de la Ley del Jurado*, Madrid 1988.
- 123 En esta línea, ALEJANDRE GARCÍA, J.A. *La Justicia popular en España*, op. cit., esp. p. 166. Así su art.4 disponía que “el Poder Judicial estará formado por Tribunales de derecho y por el Jurado; este conocerá de los delitos políticos y de los comunes que determinen las leyes. En éstas se establecerá la respectiva organización y la competencia de los Tribunales de derecho y del jurado y sus mutuas relaciones”.
- 124 Así, sus palabras pronunciadas al hilo de los debates parlamentarios “nadie podrá convencerme de que es preferible el juicio de legos, el juicio de personas impéritas y no acostumbradas a juzgar, al juicio de personas habituadas a juzgar y conocer de las obtusas cuestiones de Derecho”, recogidas por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., p. 158.
- 125 Sobre la defensa del número de doce jurados para la constitución de la sección de hecho y la “oportunidad política” de modificar la anterior redacción del art. 145 LE-

sión del nombramiento de dos suplentes como novedad respecto de la legislación anterior, a fin de “evitar la suspensión de los juicios que tanto perturba la pronta administración de justicia”.<sup>126</sup>

Sin embargo, la nueva Ley reduce las atribuciones de tales jurados o sección de hecho por cuanto, aquí y ahora, se limita a la emisión de un veredicto de culpabilidad o inculpabilidad del acusado sin entrar en calificaciones jurídicas como antes tenía lugar a partir del examen de las circunstancias agravantes o atenuantes en la comisión del hecho delictivo, desde este momento función de la sección de derecho.<sup>127</sup> Esta separación entre cuestiones de hecho y de derecho atribuidas a una y otra sección es así más congruente con el modelo francés de jurado importado desde el país vecino en la línea ya expuesta, a diferencia del jurado puro en versión anglosajona. Aún así las relaciones entre ambas secciones no son siempre fáciles, culpa de lo cual se debe en parte a la regulación a veces incompleta de la nueva ley.<sup>128</sup>

Precisamente una de las críticas que ya desde entonces<sup>129</sup> se hizo contra la nueva ley atañe de nuevo al sistema de selección de los candidatos a desempeñar la función de jurado. Perteneciendo del mismo modo a las Juntas municipales, además de ser también complicada<sup>130</sup> y, en bastante medida “clasis-

---

Crim a partir de la Disposición Adicional de la nueva Ley del Jurado, véase GONZÁLEZ DE ALBA, P. “Observaciones a la ley del jurado”, op. cit., esp. pp. 350 y ss.

126 GONZÁLEZ DE ALBA, P. “Observaciones a la ley del jurado”, op. cit., p. 353. Sin embargo, hay quien opina que ello restaba agilidad al proceso ante la dificultad de reunir a todos los jurados; así, ALEJANDRE GARCÍA, J.A. “Introducción histórica al Jurado español”, *Jornadas conmemorativas del centenario de la Ley del Jurado*, op. cit., pp. 3 y ss, esp. p. 13.

127 Así se deduce de los arts. 2 y 3. Por ello el posterior art. 76 de la ley citada prescribe la omisión de cualquier calificación jurídica en las preguntas formuladas por el Presidente del Tribunal a los jurados; simplemente se ocuparán de determinar los hechos que sirven de base para la emisión de tal veredicto de culpabilidad o inculpabilidad.

128 Se susciben ejemplos en la monografía de FAIRÉN GUILLÉN, V. *El Jurado...*, op. cit., esp. pp. 37 y ss; así, art. 82 respecto del “auxilio” a los jueces legos por parte de los técnicos, etc.

129 Por ejemplo, en la propias memorias elaboradas por las Fiscalías del Tribunal Supremo; para este caso en concreto, véase la *Memoria elevada al Gobierno de S.M. el 15 de septiembre de 1899*, Madrid 1899, esp. p. 14.

130 Vid. arts. 10 y ss.



ta” aún por encima de la prevista en anteriores legislaciones,<sup>131</sup> se presta a considerables abusos y corruptelas que ponen en peligro la necesaria independencia e imparcialidad que ha de presidir la función de jurado. Por lo demás y en cuanto al estatus jurídico de los jurados, el cargo era también obligatorio y gratuito pese al silencio legal a este respecto, dada la exclusiva previsión de ciertas indemnizaciones y no de remuneración alguna; igualmente se contempla un régimen de requisitos, incapacidades, incompatibilidades y excusas que en gran medida recuerdan a las previstas en la anterior LOPJ de 1870. Por último se distinguía una doble recusación, con causa<sup>132</sup> y sin causa, a realizar en diferentes momentos del sorteo.

Dicha legislación, pese a sus defectos,<sup>133</sup> aún se mantuvo cierto tiempo en vigor con sucesivas reformas por lo que a la competencia se refiere; así, la inicial competencia del Tribunal del Jurado contemplada ya de una forma bastante general en los artículos 4 y siguientes de la Ley aún se extiende con posterioridad a los delitos cometidos con uso de explosivos mediante la Ley de 10 de julio de 1894,<sup>134</sup> pero en cambio excluye otros de su conocimiento a partir de la Ley de 1 de enero de 1900.<sup>135</sup> Sin embargo y finalmente, se decreta su suspensión, primero con ámbito parcial para ciertas provincias de Cata-

---

131 Así y entre otras manifestaciones, únicamente constituyen el censo los grandes contribuyentes, con exclusión además expresa de los “pobres de solemnidad” (art. 10.8). Justifica FAIRÉN este último extremo acudiendo al Derecho Comparado y así al ejemplo del Código procesal sueco de 1940-42 (*Rättegångsbalk*) en cuyo Capítulo IV, § 6.1, excluye del censo a “quienes sean protegidos duraderamente por la beneficencia pública” dada su mayor exposición al soborno; así FAIRÉN GUILLÉN, V. *El Jurado...*, op. cit., esp. p. 37. Sin embargo y a nuestro juicio, el mismo fundamento no es aplicable para la exclusiva constitución del censo por parte de las grandes rentas y con ello, junto a otros motivos, el carácter “antidemocrático” de la institución, al menos en esta época; además el mismo autor le dedicó tal calificativo en otra publicación anterior, así, FAIRÉN GUILLÉN, V. “Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978)”, op. cit., esp. p. 741.

132 Causas que aparecen taxativamente determinadas en el art. 12.

133 Véase un balance crítico de la misma, con apoyo en las memorias de las Fiscalías del Tribunal Supremo de aquella época, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. pp. 174 y ss. Así también, DAVO ESCRIVA, F. *El Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. pp. 73 y 74.

134 Denominada vulgarmente Ley de Explosivos y que hoy englobaría los llamados “delitos de terrorismo”. Al respecto, GONZÁLEZ DE ALBA, P. “De la competencia del Tribunal del Jurado para conocer de los delitos de estrago”, RGLJ 1893, nº 83, pp. 233 y ss.

luña mediante los Decretos de 4 de febrero de 1907 y de 5 de agosto de 1920<sup>136</sup> y luego ya de forma general a partir del Decreto de 21 de septiembre de 1923<sup>137</sup> dictado inmediatamente después del alzamiento militar y proclamación del gobierno de Primo de Rivera.

**h) Decreto de 27 de abril de 1931:** acto seguido de instaurarse la II República el 14 de abril de 1931, se dicta el Decreto mencionado a fin de restablecer la vigencia de la Ley de 1888 y con ello el Tribunal del Jurado, si bien bajo ciertas reformas y así, entre otras,<sup>138</sup> la reducción del número de jurados a ocho, la inclusión de las mujeres en el censo,<sup>139</sup> la exclusión del ámbito competencial del Tribunal del Jurado de los delitos de falsificación, falsedad y duelo, etc. Sin embargo, la premura de la nueva legislación hizo necesario que la misma fuera completada por sendos Decretos de 18 de junio y 22 de abril del mismo año, con ulteriores precisiones sobre la regulación anterior.<sup>140</sup>

Pero el mayor inconveniente formal lo supuso la nueva norma constitucional de 1931, en cuyo artículo 103 arriba reproducido prescribe la regulación del Jurado mediante una ley de carácter especial. Tal mandato constitucional<sup>141</sup> da lugar a la promulgación de una nueva ley, cual es la Ley de 27 de julio de 1933.

---

135 Así, en concreto, los delitos de injurias y calumnias vertidos contra las autoridades civiles, militares y eclesiásticas así como aquellos producidos contra la integridad del Estado.

136 Véase, extensamente y en defensa del ámbito parcial de sendas suspensiones, con clara crítica de la Memoria del Proyecto de Ley orgánica del Tribunal del Jurado publicada por el Ministerio de Justicia en 1994, FAIRÉN GUILLÉN, V. *El Jurado...*, op. cit., esp. pp. 39 y ss.

137 Lacónicamente y en un único precepto, "se suspende el juicio por jurados en todas las provincias del Reino".

138 Más ampliamente, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. *La participación popular en la administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. pp. 179 y ss. Así también, de modo especial sobre las normas legales y constitucionales durante la vigencia de la II República puede consultarse ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. "La justicia según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias", *Ensayos de Derecho Procesal*, Buenos Aires 1944, pp. 547 y ss.

139 De ahí las acusaciones de "machista" para el Jurado decimonónico y no únicamente de "burgués"; en este sentido, GIMENO SENDRA, V. "Aproximación al nuevo Jurado español", *Jornadas sobre el Jurado*, op. cit., pp. 59 y ss, esp. p. 60.

140 En contra, PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. "Aspectos procesales de la Ley del Jurado", *Jornadas conmemorativas del centenario de la Ley del Jurado*, op. cit., pp. 19 y ss, esp. p. 29, quien defiende la existencia de un radical cambio de orientación por parte de este último Decreto y no una mera corrección de la legislación anterior.

**i) Ley de 27 de julio de 1933:** si algo caracteriza a esta ley elaborada sobre la base del proyecto presentado por el entonces catedrático de Derecho Penal Luis Jiménez de Asúa,<sup>142</sup> es la importante limitación que se realiza respecto de las atribuciones competenciales del Tribunal del Jurado que excluye precisamente de su conocimiento los delitos más graves. De este modo y en concreto se suprime su competencia para el enjuiciamiento de los “a) delitos contra las Cortes y sus individuos y contra el Consejo de Ministros; b) delitos contra la forma de Gobierno; c) delitos de rebelión y sedición; d) asesinato, homicidio, lesiones o incendio cometidos con móviles terroristas; e) robos cometidos con violencia o intimidación en las personas” así como aquellos “delitos definidos y penados en la llamada Ley de Explosivos, de 10 de julio de 1894”.<sup>143</sup>

No acaba aquí la limitación competencial respecto del Tribunal del Jurado sino que, aún más, al día siguiente —esto es, el 28 de julio de 1933— se promulga una nueva Ley de Orden Público en sustitución de la anterior de 1870 y la cual suprime también del conocimiento de este Tribunal los delitos contra el orden público durante las situaciones de estado de prevención y alarma, según tenga o no lugar el respeto de las garantías constitucionales respectivamente.<sup>144</sup> El enjuiciamiento de tales delitos es así atribuido a los nuevos Tribunales de Urgencias, en suma constituidos por las propias Audiencias Provinciales y, por lo que a nosotros nos interesa, sin intervención alguna de jurados.

Esta regulación del Tribunal del Jurado discurre en principio sin grandes avatares hasta el estallido de la guerra civil española (1936-1939) donde es patente su politización, según algunos ya desde un primer momento anunciado.<sup>145</sup> En cualquier caso y dada la división del territorio nacional, se produce

---

141 De carácter imperativo, a decir de DAVO ESCRIVA, F. *El Tribunal del Jurado*, op. cit., esp. p. 76. Si bien y como pone de relieve el mismo autor, el resultado que se obtiene es precisamente el contrario, por cuanto la nueva legislación reduce de forma extraordinaria las competencias del Tribunal del Jurado.

142 Sobre su discurso en defensa del proyecto del día 29 de junio de 1933 y las disusiones respecto de la legislación ahora examinada, consúltese FAIRÉN GUILLÉN, V. “El Jurado”, conferencia publicada en su obra recopilatoria *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, t.II, op. cit., pp. 107 y ss, esp. pp. 113 y ss.

143 Arts. 1 y 2 de la ley citada.

144 Arts. 63 y 64.

145 Así, FAIRÉN GUILLÉN, V. *El Jurado...*, op. cit., esp. p. 47, para quien el proyecto de ley de Jurado presentado en su día por Jiménez de Asúa tenía como base, aún de forma lejana, una concepción más bien política de esta institución que jurídica.

también un devenir diferente en uno y otro lado, en ambos casos de dudosa legalidad;<sup>146</sup> así, en la zona “nacional” se produce la suspensión del Tribunal del Jurado mediante Decreto del Presidente de la Junta de Defensa Nacional –con sede en Burgos– de 9 de septiembre de 1936, siendo hasta la saciedad discutido el alcance de la misma.<sup>147</sup> Por su parte, en la zona “republicana” y durante el transcurso del año 1936, tiene lugar la sucesiva creación de cierta categoría de Tribunales de origen popular,<sup>148</sup> denominación que finalmente adquieren en el Decreto compilatorio de 7 de mayo de 1937; así, aun pudiendo defender inicialmente la vigencia de la institución del Jurado en este sector bajo tales Tribunales populares, creemos que dicha experiencia, además

---

146 A este respecto y como prueba de la afirmación hecha, aconsejamos la interesante lectura de la obra coordinada por Santos JULIA, *Víctimas de la guerra civil*, Madrid 1999, esp. pp. 161 y ss, por lo que aquí atañe.

147 Nos referimos a la famosa polémica creada entre ALCALÁ-ZAMORA y FAIRÉN GUILLÉN en defensa de la tesis de la suspensión o derogación repectivamente de la Ley del Jurado de 1888, reproducida por el primero en su obra “A propósito del Jurado”, op. cit., esp. p. 17; como este último justifica en favor de dicha suspensión y no derogación, “como tan a menudo sucede con textos legislativos muertos, de hecho, hace mucho tiempo, al no acordarse para nada de él, nadie se preocupó luego de enterrarlo”. Desde luego, mayores apoyos ha tenido esta última opinión, al menos –pero no únicamente– desde el sector juradista y así, LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, A. “La justicia penal por jurados”, op. cit., esp. pp. 105, 106 y 118, aun contestado por ALCALÁ-ZAMORA en la publicación citada; así también, en el mismo sentido y en particular, MENEU MONLEON, P. “El Jurado en España y la suspensión de su funcionamiento por Decreto del Presidente de la Junta Nacional”, *Revista General del Derecho* (en adelante RGD) 1988, nº 522, pp. 1657 y ss, quien, en su día, proponía el restablecimiento de la Ley del Jurado mediante una “breve Ley Orgánica”, incurriendo sin embargo en el error en aludir a la Ley de 1888 en lugar de la de 1933.

Por último, un detenido examen de la justicia de esta época se realiza por PEDRAZ PENALVA, E. “La administración de justicia durante la guerra civil en la España nacional”, *Constitución, jurisdicción y proceso*, op. cit., pp. 79 y ss, quien fuera de toda polémica, refiere también la “suspensión” por parte del citado Decreto (vid. esp. p.105).

148 Así, los “Tribunales especiales” mediante sendos Decretos de 23 y 25 de agosto, con ampliación de sus competencias mediante posteriores Decretos de 15 de septiembre y 6 de octubre, los “Jurados de urgencia” a partir del Decreto de 10 de octubre y los “Jurados de guardia” mediante Decreto de 17 de octubre, además de los ulteriores “Jurados de Seguridad” creados por la norma compilatoria, esto es, Decreto de 7 de mayo de 1937. Sobre este tema, más ampliamente, SÁNCHEZ RECIO, G. *Justicia y guerra en España. Los Tribunales populares (1936-1939)*, Alicante 1991, *passim*.

de su brevedad ante el avance de la zona “nacional”, en absoluto puede entenderse comparable dado el procedimiento de selección de sus miembros, de signo claramente político.<sup>149</sup> Desde luego, ha de esperarse hasta el final de la guerra civil y más aún, hasta la promulgación de la Constitución vigente en 1978, para retomar las riendas del Jurado.

## IV. La Constitución de 1978 y el artículo 125

Finalizado el régimen dictatorial del General Franco, tiene lugar la producción de acontecimientos trascendentales en la todavía breve historia democrática de nuestro país, como son la promulgación de la Ley de Reforma Política de 4 de enero de 1977, la convocatoria de elecciones generales el 15 de junio del mismo año y la elaboración del texto constitucional de 6 de diciembre de 1978. Dentro del articulado de este último se contempla en la actualidad a la institución del Jurado como forma de participación popular en la administración de Justicia, que, tras la discusión sobre el carácter imperativo o no del “mandato” constitucional, dará posteriormente pie a diversas propuestas legislativas hasta concluir en la vigente Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado *indatada*. A todo ello hacemos inmediata referencia.

### 1. El proceso constitucional del art.125 CE

Desde luego, si algo caracterizaba a la fórmula inicialmente recogida en el texto del Anteproyecto constitucional de 5 de enero de 1978 era su generalidad y vaguedad,<sup>150</sup> lo que resulta patente a la luz del examen de los posterior-

---

149 En suma, los miembros legos eran designados por los Comités provinciales de los partidos integrantes del Frente Popular; de este modo, por órdenes de 25 y 28 de mayo y de 8 de junio de 1937 se determinan las concretas organizaciones políticas que podían proceder a tal designación.

150 En esta línea, SORIANO, R. *El nuevo Jurado español*, op. cit., esp. p. 120 y ss. Así también, para un examen de este *iter* constitucional y además de los citados, consúltense especialmente MARTÍN OSTOS, J. “El Jurado: entre la tradición y la renovación”, *Jornadas sobre el Jurado*, op. cit., pp. 99 y ss, esp. pp. 106 y ss (también en su monografía *Jurado y Escabinado (participación popular en la Administración de Justicia)*, Madrid 1990, pp. 31 y ss, esp. pp. 38 y ss), y SERRANO ALBERCA, M. “Comentarios al art.125 CE”, *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Madrid 1985, pp. 1846 y ss y, por supuestos, los Trabajos Parlamentarios de la Constitución española en relación con este precepto editados en 4 volúmenes por las Cortes Generales (Madrid 1980).

res debates parlamentarios. En efecto, la redacción del entonces artículo 115 simplemente declaraba que “los ciudadanos participarán en la administración de justicia en los casos y formas que la ley establezca”, sin mención alguna al Jurado y/o Escabinado sino, por el contrario, estableciendo esta remisión genérica al legislador ordinario para, en su caso, determinación. Desde luego, tal precepto fue objeto de numerosas enmiendas,<sup>151</sup> en su mayoría dirigidas, como ha sido dicho, a dotar de precisión y contenido a esta afirmada participación popular.

Dejando a un lado el tema de la acción popular<sup>152</sup> contenido también del actual art.125 CE y junto a las enmiendas presentadas llama particularmente la atención el voto particular formulado por el Grupo Parlamentario Socialista proponiendo una nueva redacción del texto preconstitucional en los siguientes términos: “En los procesos penales los ciudadanos participarán (a través de jurados) en la forma que se establezca por la ley; en todos los procesos la ley regulará la incorporación a los tribunales, en cuestiones de trascendencia general o de relevancia pública, de titulados de las especializaciones requeridas, con voz en la formación de la sentencia”. De este modo ha sido defendido<sup>153</sup> que, junto a la previsión del jurado en el ámbito penal, se contemplaba paralelamente y para los restantes órdenes jurisdiccionales la figura del escabinado, aún innominada, tesis a nuestro juicio errónea por cuanto, creemos, la referencia se realiza, no tanto a la participación popular<sup>154</sup> cuanto a la participación técnica o de peritos, más aún, con “voz” pero no voto en la formación de la sentencia;<sup>155</sup> participación o “incorporación de especialistas” precisamente desvirtuadora de la propia esencia de sendas instituciones, bien de Jurado y/o bien de Escabinado, esto es, la participación popular de legos o profanos, nunca de especialistas en el proceso.

---

151 Entre la literatura y además de los referidos trabajos parlamentarios realiza una amplia exposición de las mismas FAIRÉN GUILLÉN, V. “Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978), op. cit., esp. pp. 750 y ss.

152 Sobre este tema en particular y su proceso constituyente consúltese PÉREZ GIL, J. *La acusación popular*, Granada 1998, esp. pp. 201 y ss.

153 Por ejemplo, FAIRÉN GUILLÉN, V. “Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978), op. cit., esp. pp. 756 y ss.

154 A lo sumo, el denominado “jurado técnico o de peritos”, tampoco jurado *stricto sensu*; así, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “El Jurado popular”, op. cit., esp. p. 307.

155 Recordemos como en el modelo del escabinado europeo la sentencia se produce conjuntamente por jueces profesionales y técnicos, ambos con voz y voto. En el mismo sentido, SORIANO, R. *El nuevo Jurado español*, op. cit., esp. pp. 121 y ss.

Por su parte, la Comisión de la Ponencia, tras el estudio conjunto de texto, enmiendas y votos particulares opta por conservar la redacción original salvo la inclusión de la acción popular, esto es, “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la administración de justicia en los casos y formas que la ley establezca”. A la misma conclusión llegó la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas en su Dictamen al ahora artículo 119, con el único añadido de la mención de “los Tribunales consuetudinarios y tradicionales” como ulterior forma de participación popular.<sup>156</sup> Todavía permanece así la genérica redacción anterior con el silencio de previsión alguna respecto de la fórmula elegida, Jurado y/o Escabinado; es por ello que todavía se suceden abundantes discusiones parlamentarias ahora en el Senado.

Así, dentro de las enmiendas presentadas en el seno de esta Cámara parlamentaria merece destacarse aquella expuesta por Pedrol Rius, entonces Decano del Colegio de Abogados de Madrid, en suma: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la administración de justicia mediante la institución de jurado para determinados casos de naturaleza penal, cuando así se establezca por ley, y también en los tribunales consuetudinarios y tradicionales”. Sin embargo, quizás el mayor interés radica en la argumentación a tal efecto utilizada para justificar la previsión del Jurado como regla “excepcional” al principio general que proclama la atribución de potestad jurisdiccional exclusivamente a Juzgados y Tribunales entrando en la calificación de tales, a su juicio, sólo los jueces técnicos;<sup>157</sup> de este modo y como tal regla excepcional, su previsión queda sujeta a la “oportunidad” de su establecimiento por parte del legislador ordinario así como la determinación de su competencia. En cualquier caso, logró su propósito de obtener el apoyo de

---

156 En defensa de la inconveniencia de su regulación en el citado precepto constitucional junto a las formas de participación popular en la administración de justicia traducibles en Jurado y/o Escabinado véase FAIRÉN GUILLÉN, V. “Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978)”, op. cit., esp. pp. 757 y ss, nota nº 153; a su juicio su ubicación se localiza en el inicial artículo 107 –hoy art. 117.5 CE– en referencia al principio de la unidad jurisdiccional.

157 A la fecha artículo 110 y hoy art. 117.3, si bien la actual mención legal permite acoger también al Tribunal del Jurado, en cuanto “Tribunal determinado por la ley”; en esta línea, DAVO ESCRIVA, F. El Tribunal del Jurado, op. cit., esp. p. 89. Y aún más, el Tribunal del Jurado, en cuanto tribunal determinado legalmente, es también “juez ordinario predeterminado por la ley” en la línea reconocida por el art. 24.2 CE; así, GIMENO SENDRA, V. “El Jurado”, *Constitución y proceso*, Madrid 1988, pp. 15 y ss, esp. 1ª pág. Al mismo criterio llega la jurisprudencia constitucional en su Auto 147/1983, de 13 de abril; volveremos sobre ello.

otros grupos parlamentarios –en concreto, de los Grupos Parlamentarios Socialista,<sup>158</sup> UCD y Progresistas y Socialistas Independientes– hasta constituir la redacción definitiva del actual art. 125 CE en la forma ya conocida y no exenta de discusión.

De este modo, en una interpretación estricta de dicho articulado, parece que la fórmula optada por el legislador constitucional es el Jurado “puro” en lugar del Escabinado; pero si reservamos el nombre de Jurado “mixto” para este último, no habría así en principio obstáculo para admitir también dicha posibilidad legal desde una interpretación sistemática y actual, en consonancia con el modelo adoptados en otros países europeos. Tampoco fue esta la única cuestión sometida a debate respecto de la redacción constitucional definitiva sino que también –y desde una perspectiva temporalmente anterior– fue objeto de discusión doctrinal la necesidad o no de dar desarrollo al precepto constitucional. Ambos problemas son objeto de inmediato examen.

## 2. La redacción del texto constitucional: problemas

En efecto, la redacción del texto constitucional en la forma ya conocida ha suscitado múltiples comentarios en orden a averiguar el sentido y significado del contenido de dicho artículo 125. Tales comentarios o discusiones doctrinales se centran, si cabe, principalmente en dos cuestiones como las reseñadas, a saber: la necesidad de proceder al desarrollo constitucional del art. 125 CE y la posible opción por un modelo más acorde con la realidad actual de la Europa continental como es el Escabinado.

**a) Desarrollo del precepto constitucional:** tradicionalmente se ha erigido la tesis del “mandado constitucional de carácter imperativo”<sup>159</sup> para defender el necesario desarrollo constitucional del art. 125 CE por parte del legislador ordinario exigiéndose así la implantación del Jurado, bien mediante la legislación procesal ordinaria o bien mediante una legislación especial como de he-

---

158 Hasta el punto de sustituir la enmienda en su día formulada (Enmienda nº 1080) por otra *in voce*, bastante coincidente con la de Pedrol Rius, así: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la administración de justicia, mediante la institución del Jurado, en aquellos procesos penales en que se establezca por la ley y en la forma que ésta se regule, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

159 Por todos, SORIANO, R. “El derecho a la Justicia popular. El nuevo Jurado español”, *La Ley* 1985, vol.1, pp. 1031 y ss (C), esp. p. 1031 y *El nuevo Jurado español*, op. cit., esp. p. 129.



cho ha tenido lugar, aun cuando, ciertamente, no se estableciera un plazo perentorio para ello.<sup>160</sup> Se dice así que el precepto constitucional impone la “carga” al legislador de garantizar a los ciudadanos su derecho a participar en la administración de justicia, los cuales, de lo contrario, se verían privados del mismo;<sup>161</sup> derecho además que ha de conectarse según los partidarios de esta tesis con el reconocido en el artículo 24.2 del mismo texto constitucional, en suma derecho fundamental al “juez ordinario predeterminado por la ley”.

Sin embargo y dejando a un lado el clásico argumento terminológico a partir de la fórmula verbal “podrán” ya puesto por algunos en evidencia,<sup>162</sup> cabe preguntarse si el art. 125 CE en lugar de reconocer un derecho subjetivo a los ciudadanos ínsito en la esfera del *status activae civitatis*,<sup>163</sup> no les atribuye, en puridad, un derecho sino el ejercicio de una función pública cual es la jurisdiccional en la línea descrita por el art. 117 CE.<sup>164</sup> Por ello y conforme a una interpretación histórica derivada de los precedentes constitucionales de este precepto arriba expuesto, resulta más adecuada y conveniente sostener la teoría de la “cláusula de habilitación”<sup>165</sup> en tanto en cuanto se permite –que no impone– al legislador ordinario desarrollar la institución del Jurado en el

---

160 Así, ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, C. “El Jurado en la Constitución Española de 1978”, La Ley 1982, vol.2, pp. 943 y ss (C), esp. p. 942.

161 De este modo y a decir de GIMENO SENDRA, la referencia realizada aquí y ahora mediante la expresión “podrán” no atañe a la *voluntas legislatoris* sino a tales ciudadanos, verdaderos sujetos de dicha forma verbal; así, “El artículo 125 de la Constitución, los Tribunales de Jurados y de escabinos”, op. cit., esp. p. 345.

162 Vid. *supra* nota anterior. Aun cuando todavía es útil en términos comparativos con la previsión de la acción popular en el mismo precepto y sujeto a la misma forma verbal; “nadie puede pensar que el ejercicio de ésta pueda resultar obligatorio”, Así, PEDRAZ PENALVA, E. “Sobre el significado y vigencia del Jurado”, *Constitución, jurisdicción y proceso*, op. cit., pp. 59 y ss (también en *Jornadas sobre el Jurado*, op. cit., pp. 127 y ss), esp. p. 65.

163 De nuevo GIMENO SENDRA, V. “El artículo 125 de la Constitución, los Tribunales de Jurados y de escabinos”, op. cit., esp. p. 345 y “El Jurado”, op. cit., esp. p. 16. Se trata en suma del empleo de la categoría a este respecto utilizada por JELLINEK, G., *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, Madrid 1912, esp. pp. 137 y ss, pp. 153 y ss.

164 En clara sintonía, CARBONNELL MATEU, J.C. “El Jurado y la Constitución española de 1978”, *Jornadas sobre el jurado*, op. cit., pp. 25 y ss, al aludir a “la participación directa en el ejercicio de una potestad emanada de la soberanía popular” (p. 26).

165 Defendida por VIDAL ZAPATERO, J.M. y REY MARTÍNEZ, F. “La Constitución y el legislador del Jurado”, *Revista del Colegio de Abogados de Valladolid* 1995, nº 14, pp. 19 y ss, esp. p. 20.

ámbito penal; sólo ello hará legítima una posible futura supresión del mismo por el legislador ordinario como la historia de nuestro país ha venido demostrando y la cual devendría inconstitucional de mantener la tesis contraria.

**b) Jurado o Escabinado:** muchas discusiones doctrinales ha originado el tema de una posible opción a favor del Escabinado por parte del legislador constitucional o, por el contrario, su exclusiva previsión respecto del Jurado “puro” o auténtico Jurado. Desde luego se encuentran partidarios<sup>166</sup> y argumentos en defensa de una u otra postura y así, mientras los que apoyan el modelo de Jurado anglosajón acuden, entre otras razones, a la interpretación literal o histórica, lo que proponen el Escabinado y, de este modo, la constitucionalidad de tal modelo a tenor del art. 125 CE, prefieren utilizar un método de interpretación sistemático o, incluso, teleológico de la norma constitucional en el sentido ahora indicado.

En efecto, se dice por lo primeros<sup>167</sup> que la mención del artículo 125 se realiza expresamente al Jurado, con este nombre y, por ello, con previsión exclusiva del Jurado anglosajón, auténtico Jurado; que los antecedentes históricos, tanto constitucionales como legislativos en la línea comentada han contemplado el modelo del Jurado y no del Escabinado; que a la misma conclusión se llega tras el examen de los debates parlamentarios, también aquí analizados; que el Escabinado o Tribunal de Escabinos en absoluto puede ser considerado como una modalidad del Jurado como pretenden sus partidarios; etc.

---

166 Una enumeración de los mismos –o parte de ellos– se realiza en la obra de GRANADOS CALERO, F. *El Jurado en España*, Valencia 1995, esp. pp. 35 y ss. Así también y entre otros, se ocupa particularmente del tema GISBERT GISBERT, A. “El desarrollo del artículo 125 de la Constitución: ¿Tribunal de Jurados o Escabinado?”, RGD 1984, nº 481-2, pp. 2303 y ss; JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J.A. “Algunos problemas en torno al desarrollo del artículo 125 de la Constitución”, *El Poder Judicial*, vol.II, op. cit., 1585 y ss, esp. pp. 1615 y ss; MARTÍN OSTOS, J. “La consagración del escabinado en nuestro ordenamiento jurídico”, *Justicia* 1989, nº 2, pp. 337 y ss; también publicado en su obra, *Jurado y Escabinado*, op. cit., pp. 53 y ss; etc.

167 A modo de ejemplo, ALMAGRO NOSETE, J. Mesa redonda sobre “jueces técnicos, jurados y escabinos”, *El Jurado*, Alicante 1983, pp. 37 (50) y ss, esp. p. 55; CARBONELL MATEU, J.C. “El Jurado y la Constitución española de 1978”, op. cit., esp. pp. 28 y ss; DAVO ESCRIVA, F. *El Tribunal del Jurado ...*, op. cit., esp. pp. 92 y ss; GISBERT GISBERT, A. “El desarrollo del artículo 125 de la Constitución...”, op. cit., esp. pp. 2310 y ss; JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J.A. “Algunos problemas en torno al desarrollo del artículo 125 de la Constitución”, op. cit., esp. p. 1615; LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G. “La justicia penal por jurados”, op. cit., esp. p. 105; LORCA NAVARRETE, A.M. “Hacia el auténtico Jurado”, *La Ley* 1986, vol. 4, pp. 1183 y ss, esp. 1ª pág.; SERRANO ALBERCA, M. “Comentarios al art. 125 CE”, op. cit., esp. p. 1327; etc.

Por el contrario, los que propugnan la constitucionalidad del modelo de Escabinado<sup>168</sup> refieren que debe superarse la interpretación literal del precepto constitucional, derivada sin duda de motivaciones históricas y del olvido constitucional de mencionar siquiera al Escabinado;<sup>169</sup> que el artículo 125 CE faculta al legislador ordinario para determinar la “forma” de participación popular en la administración de justicia por parte de los ciudadanos; que si bien pudiera entenderse que ésta última debe tener lugar “mediante la institución del Jurado”, el Escabinado se presenta como una forma evolucionada del mismo, en suma Jurado mixto; que, además, desde una perspectiva de Derecho Comparado es éste el modelo acogido por las legislaciones europeas de los países vecinos; que, por último, parece ser tal opción la más acorde con una interpretación sistemática de la normativa constitucional y así la posible conjunción del artículo 125 con los artículos 117, relativo a la unidad jurisdiccional y atribución de dicha potestad –exclusiva y excluyentemente– a Juzgados y Tribunales, y 120.3, en referencia a la exigencia de motivación de las resoluciones jurisdiccionales.<sup>170</sup>

---

168 Entre otros, FAIRÉN GUILLÉN, V. “Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978)”, op. cit., esp. p. 787, y, más ampliamente, “El Jurado...”, op. cit., esp. pp. 186 y ss, y “La participación de los ciudadanos en la administración de Justicia...”, op. cit., esp. pp. 190 y ss; GIMENO SENDRA, V. “El artículo 125 de la Constitución, los Tribunales de Jurados y de Escabinos”, op. cit., esp. pp. 347 y ss, y “Aproximación al nuevo Jurado español”, *Jornadas sobre el Jurado*, op. cit., pp. 59 y ss, esp. p. 62; LEDESMA BARTRET, F. “El Jurado, un compromiso constitucional”, *El Jurado*, op. cit., esp. pp. 89 y ss; MARTÍN OSTOS, J. “El Jurado: entre la tradición y la renovación”, op. cit., esp. p. 115; PEDRAZ PENALVA, E. “Sobre el significado y vigencia del Jurado”, op. cit., esp. pp. 62 y ss; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. “El Tribunal del Jurado en España: pasado, presente y futuro”, RGD 1992, nº 574-575, pp. 6533 y ss, esp. pp. 6578 y ss, y *La participación popular en la administración de Justicia...*, op. cit., esp. pp. 254 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Estatuto jurídico del Jurado”, *Jornadas sobre el Jurado*, op. cit., pp. 145 y ss, esp. p. 146; SORIANO, R. “El nuevo Jurado español”, op. cit., esp. pp. 123 y ss; etc.

169 Olvido del que también hace eco el propio Diccionario de la Lengua española en sus ediciones, tanto de la Real Academia española como de María Moliner.

170 Es éste precisamente uno de los mayores inconvenientes con los que tropieza el Jurado puro y de ahí que, en la actualidad, el art. 61.1.d) LOTJ prevea la inclusión en el acta de votación emitida por los jurados de “una sucinta explicación de las razones por las que han declarado rechazado declarar determinados hechos como probados”; tal es una fórmula novedosa e inusual en la institución del Jurado “puro”, por ello –entre otros motivos– la singularidad atribuida al Jurado español.

Ha de advertirse que tales posiciones a favor o en contra de la constitucionalidad del modelo del Escabinado o Jurado “mixto” esconden en sentido estricto la preferencia por uno u otro modelo; de este modo, las tesis acogidas derivan en suma hacia los argumentos en defensa o ataque de la propia institución del Jurado y/o Escabinado más allá de lo previsto en el texto constitucional. Pero es otro el momento del examen de tales razonamientos.

## V. El Tribunal del Jurado español en la actualidad: aspectos orgánicos y procesales

Así pues, diecisiete años después de la promulgación de la Constitución española de 6 de diciembre de 1978, tiene lugar el desarrollo legislativo de su artículo 125 en concreto, mediante la citada LO 5/1995, *indatada*,<sup>171</sup> del Tribunal del Jurado, inmediatamente modificada por la LO 8/1995, de 16 de noviembre<sup>172</sup> y LO 10/1995, de 23 de noviembre,<sup>173</sup> que da lugar a la legislación en la actualidad aplicable. De este modo se instaura un Tribunal “especial” en el ámbito del proceso penal con competencia para el conocimiento de determinados tipos delictivos que legalmente se determinan a través de un procedimiento asimismo especial.<sup>174</sup>

No en vano y a tenor del art. 1 LOTJ, tras la nueva redacción otorgada mediante la citada reforma de la LO 8/1995, se atribuye a este Tribunal del Jurado competencia para el enjuiciamiento de determinados delitos, cuales son:

---

171 Porque en efecto, la única fecha que consta es la del BOE de 23 de mayo de 1995, nº 122, pp. 15001 y ss. Recogemos así dicha expresión de PÉREZ-CRUZ MARTÍN por ejemplo en su publicación, entre otras, “Anotaciones a la competencia y composición del Tribunal del Jurado: especial consideración de los arts. 1 y 5 de la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado *in datada*”, Justicia 1995, nº 1, pp. 63 y ss.

172 BOE de 17 de noviembre de 1999, nº 275, pp. 33162 y ss.

173 BOE de 24 de noviembre de 1995, nº 281, pp. 33987 y ss, con promulgación del vigente Código Penal y en cuya Disposición Final 2ª se procede a dar nueva redacción al art. 1.2 LOTJ como consecuencia de la modificación de los anteriores tipos delictivos.

174 Coincidimos en ambos extremos con GÓMEZ COLOMER, J.L. *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Madrid 1996, *passim*.

En contra GIMENO SENDRA, V. Derecho Procesal Penal, con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2º ed., Madrid 1997, para quien “ni el Jurado puede configurarse como un Tribunal especial, ni su procedimiento recibir idéntica calificación” (p. 740).

delitos contra las personas, delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, delitos contra el honor, delitos contra la libertad y la seguridad, delitos de incendios.<sup>175</sup> No obstante, el preámbulo de la ley anticipa la intención de ampliar este número de causas en un futuro “a la vista de la experiencia y de la consolidación social de la institución”.<sup>176</sup> Por último y lógicamente, se ocupará también del conocimiento de aquellos delitos que presenten relación de conexidad con los anteriores.<sup>177</sup>

Se ha anticipado ya como España ha optado por la configuración del jurado puro dentro de los diferentes modelos propuestos, básicamente Jurado “puro” de origen anglosajón o Jurado “mixto” o Escabinado. Esta ha sido, pues, la opción del Gobierno español dado que, a decir de los defensores de este último,<sup>178</sup> el art. 125 CE no imponía ninguna fórmula determinada, pudiendo tener así también cabida el escabinado, en cuanto fórmula más intermedia entre el

---

175 Se omiten los iniciales delitos de omisión del deber de socorro y aquellos contra la intimidad y domicilio recogidos en la LO 5/1995, además de dar nueva redacción a otros como los delitos contra la vida humana (ahora, delitos contra las personas) y los delitos contra el medio ambiente (ahora delitos de incendios). Sobre este tema en particular, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Anotaciones a la competencia y composición del Tribunal del Jurado: especial consideración de los arts. 1 y 5 de la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado *in datada*”, op. cit., así como, posteriormente, “La competencia del Tribunal del Jurado”, Poder Judicial 1998, nº 49, pp. 543 y ss.

176 Exposición de Motivos LOTJ, aptdo. II: los ciudadanos jurados.

177 En particular, HERRERO PEREZAGUA, J.F. “La conexión en el proceso ante Jurado”, Actualidad Penal 1999, nº 111, marginales 49 y ss, al igual que LÓPEZ LÓPEZ, A.M. “Conexidad en la Ley del Jurado”, Actualidad Jurídica Aranzadi de 18 de noviembre de 1999, nº 414, pp. 1 y ss.

178 Entre otros, FAIRÉN GUILLÉN, V. “Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978)”, Revista de Derecho Procesal 1978, nº 4, pp. 709 y ss, esp. p. 787, y, más ampliamente, “El Jurado...”, op. cit., esp. pp. 186 y ss, y “La participación de los ciudadanos en la administración de Justicia: los tribunales de Jurados y de Escabinos”, *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, op. cit., pp. 109 y ss, esp. pp. 190 y ss; GIMENO SENDRA, V. “El artículo 125 de la Constitución, los Tribunales de Jurados y de Escabinos”, RGLJ 1981, nº 4, pp. 343 y ss, esp. pp. 347 y ss, y “Aproximación al nuevo Jurado español”, *Jornadas sobre el Jurado*, op. cit., pp. 59 y ss, esp. p. 62; LEDESMA BARTRET, F. “El Jurado, un compromiso constitucional”, *El Jurado*, op. cit., Alicante 1983, pp.89 y ss, esp. primeras págs.; MARTÍN OSTOS, J. “El Jurado: entre la tradición y la renovación”, op. cit., esp. p. 115; PEDRAZ PENALVA, E. “Sobre el significado y vigencia del Jurado”, op. cit., esp. pp. 62 y ss; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. “El Tribunal del Jurado en España: pasado, presente y futuro”, Revista General de Derecho 1992, nº 574-575, pp. 6533 y ss, esp. pp. 6578 y ss, y *La participación popular en la administración de Justicia...*,

juez profesional y el juez lego en Derecho; máxime cuando el jurado puro es hoy una figura en regresión en el Derecho comparado y, en suma, la propia institución del Jurado. Por el contrario, los defensores del sistema del llamado Jurado “puro”<sup>179</sup> utilizan los argumentos de la interpretación del mismo artículo 125 así como los antecedentes históricos de esta institución en la tradición española para defender la vigencia de este modelo, finalmente adoptado.

Además y por último, antes de entrar en el concreto examen de la regulación ofrecida por la LOTJ respecto de esta institución, sin duda el Tribunal del Jurado en nuestro país se erige en juez ordinario o natural dada la inexistencia de optar por parte del justiciable entre un juicio con jurado o sin jurado, como ocurre en los países anglosajones, lo cual, dicho sea de paso, también es objeto de críticas.<sup>180</sup> Así lo refiere igualmente la Ley del Jurado en su anterior Exposición de Motivos<sup>181</sup> y con anterioridad había dictaminado el propio Tribunal Constitucional –aún inexistente dicha institución–, concretamente en una resolución de fecha de 13 de abril de 1983.<sup>182</sup>

---

op. cit., esp. pp. 254 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Estatuto jurídico del Jurado”, *Jornadas sobre el Jurado*, op. cit., pp. 145 y ss, esp. p. 146; SORIANO, R. “El nuevo Jurado español”, op. cit., esp. pp. 123 y ss; etc.

- 179 A modo de ejemplo, ALMAGRO NOSETE, J. “Jueces técnicos, jurados y escabino” *El Jurado*, op. cit., pp. 37 y ss, esp. p. 55; DAVO ESCRIVA, F. *El Tribunal del Jurado...*, op. cit., esp. pp. 92 y ss; GISBERT GISBERT, A. “El desarrollo del artículo 125 de la Constitución ¿Tribunal de jurados o Escabinado?”, *Revista General de Derecho* 1984, nº 481-2, pp. 2303 y ss, esp. pp. 2310 y ss; JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J.A. “Algunos problemas en torno al desarrollo del artículo 125 de la Constitución”, *El Poder Judicial*, t.II, Madrid 1983, pp. 1615 y ss, esp.1º pág.; LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G. “La justicia penal por jurados”, *Revista de Derecho Procesal* 1980, nº 1, pp. 111 y ss, esp. p. 115; LORCA NAVARRETE, A.M. “Hacia el auténtico Jurado”, *La Ley* 1986, vol. 4, pp. 1183 y ss, esp. 1ª pág.; SERRANO ALBERCA, M. “Comentarios al art. 125 CE”, *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Madrid 1985, pp. 1846 y ss, esp. 1ª pág.; etc.
- 180 Por todos, GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, Oviedo 1995, esp. p. 34.
- 181 Apto. I: fundamento constitucional.
- 182 ATC 147/1983, esp. FJ 2 b). En particular, sobre esta cuestión, véase DE VEGA RUIZ, J.A. “El Jurado y el juez ordinario y predeterminado por la ley”, *La Ley* 1989, t.III, pp. 899 y ss.

## 1. Aspectos orgánicos

En este apartado ha de hacerse referencia en primer término a la composición de dicho Tribunal del Jurado y así, el mismo se hallará formado por “nueve jurados y un magistrado de la AP que lo presidirá” (art. 2.1).<sup>183</sup> De este modo, la función de los primeros es emitir “veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto...” (art. 3.1) además de proclamar “la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado-Presidente hubiese admitido acusación” (art. 3.2). Por el contrario, la imposición de la pena corresponde en cambio al magistrado-presidente junto con el dictado de sentencia que recogerá tal veredicto (art. 4).

La Ley del Jurado contempla así la participación de los ciudadanos en la Justicia como un derecho-deber, de tal forma que, conforme a su artículo 6, “la función de jurado es un derecho ejercitable por aquellos ciudadanos en los que no concorra motivo que lo impida” y “un deber para quienes no estén incurso en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a esta ley”.<sup>184</sup> De ahí su retribución tal y como garantiza el precepto siguiente “en la forma y cuantía que reglamentariamente se determine”;<sup>185</sup> el

---

183 Un comentario a esta cuestión se dedica, por ejemplo, por parte de SÁNCHEZ MELGAR, J. “La constitución del Tribunal del Jurado”, La Ley 1996, vol.1, pp. 1616 y ss.

184 Sobre este tema en particular puede consultarse GARCIMARTIN MONTERO, R. “Las garantías en el ejercicio de la función de jurado”, La Ley de 19 de mayo de 1999, nº 4799, pp. 1 y ss, así como ROLLNERT LIERN, G. “El derecho-deber de participar en la administración de justicia (LO 5/1995, de 23 de mayo, del Tribunal del Jurado): su problemática constitucional”, Revista General de Derecho 1996, nº 616-617, pp. 221 y ss; así también, aun con anterioridad a la redacción del texto legal, GISBERT GISBERT, A. “La obligatoriedad de la función del jurado”, Poder Judicial 1985, nº 15, pp.35 y ss, y GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. “Derecho al sufragio y derecho al jurado: ¿también obligaciones?”, Justicia 1991, nº 1, pp. 7 y ss.

185 El RD 385/1996, de 1 de marzo, por el que se contempla el régimen retributivo e indemnizatorio del desempeño de las funciones de jurado, determina una retribución diaria a cada jurado de 9.300 pts. además del pago de la indemnización correspondiente al pago de los gastos de viaje, alojamiento y manutención (art. 6), fijándose en estos últimos extremos una cuantía diaria máxima. Asimismo, a tenor de la Disposición Adicional 3ª de la misma normativa, tiene lugar la revisión periódica de las cuantías para sendos conceptos retributivo e indemnizatorio.

mismo precepto y desde la perspectiva contraria, contempla el desempeño de la función de jurado como “el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal”, si bien y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos,<sup>186</sup> no se prevé sanción alguna en su defecto al igual que tampoco se contempla la llamada objeción de conciencia.<sup>187</sup>

En cuanto al estatuto jurídico de tales jurados<sup>188</sup> la ley contempla un extenso régimen jurídico que incluye la previsión de una serie de requisitos, incompatibilidades, prohibiciones y excusas para ser jurado, en un complicado sistema que podría haberse evitado.

- *Requisitos*: se contemplan en el artículo 8 y son de carácter general, tales como ser mayor de edad, estar en posesión del ejercicio de los derechos políticos, saber leer y escribir, residir en el municipio donde se hubiera cometido el delito y no estar afectado por ninguna causa de incapacidad “física, psíquica o sensorialmente”.
- *Incapacidades*: se determinan en el artículo 9 y son, en definitiva, causas de incapacidad general, tales como la condena por delito doloso, el procesamiento o la suspensión en el empleo o cargo público.
- *Incompatibilidades*: previstas en el artículo 10,<sup>189</sup> hacen referencia a aquellas personas que por razón de su cargo no pueden cumplir con la función del jurado y así se incluye la figura del Rey, Presidente de Gobierno y de las Comunidades Autónomas, magistrados del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, jueces y magistrados, diplomáticos... etc.
- *Prohibiciones*: se trata de aquellas causas con carácter general que eximen de la intervención en cualquier proceso judicial y se indican en el artículo 11; así y entre otras, ser parte en el proceso civil o haber interve-

---

186 Por ejemplo, la *Juries Act* de 1974, s. 20, en Inglaterra y Gales.

187 En este sentido parece decantarse la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 216/1999, de 29 de noviembre. Sobre esta cuestión consúltese BERMÚDEZ REQUENO, J.M. “La objeción de conciencia y el Jurado”, *Actualidad Penal* 1998, vol. 2, pp. 942 y ss, así como MARTÍNEZ TORRÓN, J. “Ley del Jurado y objeción de conciencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 1996, nº 48, pp. 119 y ss.

188 Más ampliamente, GÓMEZ COLOMER, J.L. “El jurado: estatuto jurídico y designación del juez lego”, *El Tribunal del Jurado*, CGPJ, Madrid 1996.

189 Un examen particular de este precepto se realiza por RÍOS MOLINA, C. “Las incompatibilidades del artículo 10 de la Ley del Jurado”, *La Ley* de 25 de mayo de 1998, nº 4547, pp. 1 y ss.



nido como testigo o perito, tener relación de parentesco con alguna de las partes o interés directo/indirecto en la causa...

- *Excusas*: el artículo 12 señala una serie de causas que permiten a los ciudadanos excusarse del deber de actuar como jurados y son así: ser mayor de 65 años, haber actuado como jurado en los últimos cuatro años, grave trastorno en las cargas familiares, desempeño de trabajo de relevante interés general, residencia en el extranjero, militares profesionales en activo y, por último, como cláusula residual, cualquier otro motivo que dificulte de forma grave el ejercicio de la función de jurado.

A continuación la ley se ocupa de determinar el procedimiento para llevar a cabo la designación<sup>190</sup> de tales jurados así como los trámites de reclamación contra tal designación, concretamente en los artículos 13 y siguientes. Así, en cuanto a la designación, ésta se realiza por sorteo<sup>191</sup> a cargo de las oficinas de censo electoral provinciales por un período de dos años, con indicación de los años pares; de este modo, los candidatos a jurados se extraerán de las listas del censo electoral existentes en cada municipio. El sorteo se realiza en sesión pública y durante el mes de septiembre (art. 13).

Por lo que respecta a las reclamaciones formuladas por los designados u otros ciudadanos que estimaran a alguno de los designados incurso en determinada causa de incapacidad, incompatibilidad o excusa legalmente prevista, éstas podrán formularse ante el Juez decano de los de Primera Instancia e

---

190 En nuestra normativa, el término legalmente utilizado es el de designación, si bien doctrinalmente se emplea en mayor medida el de selección, en este caso equivalente; por ejemplo, MARTÍN OSTOS, J. "La selección del Jurado" y VÁZQUEZ SOTELLO, J.L. "La selección de los jurados", ambos en la revista *Justicia* 1997, nº II, pp. 405 y ss, y 813 y ss, respectivamente. En cambio hay quien prefiere atenerse al criterio legal; así, GIBERT GISBERT, A. "Designación de candidatos a jurados para cada causa (Algunas reflexiones sobre los arts.18 a 23 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado)", *Revista General de Derecho* 1996, nº 621, pp. 6571 y ss.

Precisamente, en relación con la ambivalencia de dicha terminología véase CASANOVAS P. "Intervención de las partes en el proceso de selección y designación de los jurados; atención a los criterios de decisión de los candidatos; estrategias de comunicación", *Estudios jurídicos: cuerpo de Secretarios Judiciales V-1999*, Madrid 1999, pp. 383 y ss, esp. pp. 394 y ss.

191 En este punto ha de tenerse en cuenta la regulación ofrecida por el Real Decreto 1398/1995, de 4 de agosto, por el que se regula el sorteo para la formación de las listas de jurados.

Instrucción en un plazo de 15 días a partir de la notificación o publicación de los designados en los Ayuntamientos y Boletín oficial de la provincia. La resolución de tales reclamaciones corresponde igualmente al Juez decano mediante resolución motivada (arts. 14 y 15 respectivamente).

Tras la resolución de tales reclamaciones tendrá lugar la oportuna rectificación de las listas de jurados, las cuales serán remitidas al Presidente de la Audiencia Provincial, quien remitirá copia a su vez de la misma al Presidente de sendos Tribunal Superior de Justicia y Tribunal Supremo (art. 16.1). De este modo, los jurados designados podrán ser convocados a formar parte del Tribunal de Jurado a partir de enero próximo, realizándose para ello el correspondiente sorteo de entre los designados antes del inicio de cada causa (art. 18).

Serán pues estos últimos los citados para el correspondiente juicio mediante la notificación oportuna a efectos de comparecer en el día señalado de celebración de la vista del juicio oral; la cédula de citación contendrá asimismo información sobre sus deberes como jurados así como los motivos de incapacidad, incompatibilidad y excusa. Es por tal razón que existe entonces un segundo plazo procesal para formular reclamaciones si alguno de los notificados se estimara comprendido en alguna de las causas de incapacidad, incompatibilidad o excusas citadas (art. 19).

Igualmente y por último, podrán las partes y Ministerio Fiscal formular recusación<sup>192</sup> la cual se resolverá por el Magistrado-Presidente junto con las anteriores del modo previsto en el artículo 22; esto es, mediante la celebración de una vista previa entre las partes y quienes hayan presentado la recusación o excusa. El Magistrado-Presidente resolverá este incidente —entendemos, mediante auto, pues es esta la resolución jurisdiccional legalmente prevista en estos casos— y de admitirse la recusación o excusa alegada, pudiera ser necesario incrementar la lista de jurados por lo que se practicará nuevo sorteo.

A partir de este momento, el restante articulado se ocupa en regular el procedimiento establecido para el conocimiento de las causas legalmente previstas por este Tribunal del Jurado del que ahora nos ocupamos.

## **2. Aspectos procesales**

Así y en segundo lugar, la Ley del Jurado se ocupa del concreto procedimiento bajo el cual este Tribunal conoce de las causas que le son atribuidas y el cual se encuentra regulado en los artículos 24 y siguientes, preceptos que contemplan un procedimiento especial de gran extensión; sin embargo, esta misma legislación advierte como siempre será de aplicación supletoria las

normas de la LECrim (art. 24.2).<sup>193</sup> En realidad y respecto de esta regulación procesal, en tanto la competencia del Tribunal del Jurado atañe sólo a la fase del juicio oral, ésta debiera ser la únicamente prevista en la citada legislación; sin embargo, la LO 5/1995 contempla también la fase de instrucción y la intermedia y de ahí la extensión de su articulado.

Por lo que respecta a las características generales de dicho procedimiento hemos de decir que, en principio reúne aquellas del proceso penal común con cumplimiento, por tanto del conjunto de principios o garantías procesales. Pero si cabe, el rasgo más identificativo de este procedimiento ante el Tribunal del Jurado es el refuerzo del sistema acusatorio,<sup>194</sup> ante la necesidad de ser practicadas todas y cada una de las pruebas durante el desarrollo de la fase del juicio oral en presencia del Tribunal del Jurado.

Dicho esto, entramos en el examen de todas y cada una de las etapas de este procedimiento conforme la normativa vigente.

**a) Fase de Instrucción:** las especialidades previstas en este sentido se dirigen a fortalecer la imparcialidad<sup>195</sup> y poderes judiciales así como el deseo de una mayor celeridad y rapidez en la tramitación del juicio. Por ello que su

---

192 En especial, consúltase RÍOS CABRERA, A. "La recusación del personal jurisdiccional popular conforme a la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado", *Justicia* 1998, nº 1-2, pp. 139 y ss.

193 En este sentido, se discute qué tipo de normas serán de tal aplicación subsidiaria; es decir, las relativas al proceso ordinario por delitos graves o las del procedimiento abreviado. Parece que debieran ser las primeras en cuanto proceso ordinario por excelencia y así, la mayor parte de las referencias realizadas por la Ley del Jurado se hacen respecto de preceptos reguladores del mismo (por ejemplo, arts. 25.2, 26, etc.). Al respecto, véase GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Madrid 1997, esp. p. 740.

194 Al respecto, SUAU MOREY, J. "La Ley del Jurado y el modelo acusatorio", *Justicia* 1999, nº 2, pp. 251 y ss.

195 Así consta expresamente en la Exposición de Motivos de la propia Ley, aptdo.III: Necesarias reformas procesales como garantía de la viabilidad del funcionamiento del Jurado (2. En la fase de instrucción). Sobre este particular, más ampliamente, DÍAZ CABIALE, J.A. "La fase preliminar en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 1996, nº 2, pp. 149 y ss, así como ORTELLS RAMOS, M. "Sobre la instrucción previa en el procedimiento ante el Jurado", *Revista Tribunales de Justicia* 1998, nº 2, pp. 165 y ss; también MARTÍN MARTÍN, J.A. "Consideraciones sobre la instrucción del procedimiento regulado en la nueva Ley del Tribunal del Jurado", *Actualidad Penal* 1996, vol I, nº XVI, marginales 231 y ss, etc.

inicio se realiza a partir de la celebración de una comparecencia con el o los imputados así como los perjudicados si los hubiera y partes acusadoras en la cual tendrá además lugar la concreción de la imputación en los términos señalados en el artículo 25; una vez finalizada ésta, el Juez de Instrucción decidirá si procede la continuación del procedimiento para lo cual se remite a las normas de la LECrim. Por su parte, el art. 27 LJ se refiere a la práctica de diligencias de investigación, bien a instancia de parte o de oficio que, se entienden, serán la misma que tienen lugar para el proceso penal ordinario.<sup>196</sup>

**b) Fase intermedia:** si bien hemos defendido la aplicación de las normas relativas al proceso penal ordinario por delitos graves como normas subsidiarias, hemos de reconocer que las semejanzas del procedimiento ante el Tribunal del Jurado –al menos en lo que respecta a esta fase intermedia– se encuentran más con el procedimiento abreviado. Aún así, también presenta en este punto especialidades<sup>197</sup> y, en concreto, la novedad más importante estriba en la introducción del principio de oralidad mediante la creación de una “audiencia preliminar” prevista en los artículos 30 y siguientes de la Ley del Jurado; ésta tendrá lugar una vez presentados los “escritos de calificación”, terminología que esta vez procede del proceso ordinario y a cuya regulación se remite el artículo 29.<sup>198</sup>

En cuanto a tal audiencia preliminar, su contenido ha sido criticado<sup>199</sup> por cuanto no se limita a la petición de apertura de juicio oral o, por el contrario, sobreseimiento por las partes acusadoras y acusadas, sino que además prevé que las mismas, con carácter general, puedan solicitar la práctica de ulteriores diligencias de investigación. En todo caso, una vez concluida la misma, el Juez de Instrucción deberá decidir sobre la apertura de juicio oral o sobreseimiento en los términos referidos en los artículos 32 y siguientes.

**c) Juicio oral:** la regulación de esta etapa a desarrollar ya ante el Tribunal del Jurado se inicia en los artículos 36 y siguientes de la Ley mediante el planteamiento y resolución de cuestiones previas que equivalen a los llama-

---

196 Arts. 326 y ss LECrim.

197 Al respecto, DEL MORAL GARCÍA, A. “La fase intermedia en el proceso ante el Tribunal del Jurado”, *Actualidad Penal* 1996, vol.1, nº IX, marginales 99 y ss.

198 Arts. 650 y ss LECrim.

199 La crítica estriba en que la posibilidad de su práctica hubiera debido finalizar en el período anterior (fase de instrucción), salvo, excepcionalmente, alguna complementaria; en este sentido, GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, op. cit., esp. p. 753.

dos “artículos de previo pronunciamiento” del proceso ordinario por delitos graves a cuyo procedimiento se remite además el primero de estos preceptos. A continuación, el Magistrado-Presidente procederá a delimitar el hecho o hechos “justiciables” mediante auto;<sup>200</sup> dentro del mismo habrá de señalar tanto los hechos constitutivos de delito como su calificación jurídica y el grado de ejecución y participación del acusado, resolviendo igualmente, por último, sobre los medios de prueba propuestos por las partes o de oficio en virtud del art. 36.1.e) LOTJ. También habrá de señalar en el mismo auto, término para la celebración del juicio oral.

La vista pública comienza mediante la constitución del Tribunal del Jurado para lo cual la ley exige la presencia de veinte jurados al menos a quienes el presidente preguntará sobre la concurrencia de los requisitos o causas de incapacidad, incompatibilidad, prohibición o excusa para ser jurado; tras ello se dará la oportunidad a las partes para formular recusación (art. 38 LOTJ). Acto siguiente se procederá a la insaculación de nueve jurados para formar Tribunal en la forma descrita en el artículo 40 y los sorteados deberán prestar juramento,<sup>201</sup> requisito legalmente preceptivo para la constitución de dicho Tribunal.

En cuanto a la concreta celebración del juicio oral, el art. 42 LOTJ se remite a las normas subsidiarias previstas para el proceso penal ordinario.<sup>202</sup> No obstante, la Ley del Jurado realiza algunas previsiones especiales al respecto como el turno de intervención que el Magistrado-Presidente concede a las partes para que expongan sus alegaciones sobre la calificación realizada y las pruebas propuestas al Tribunal (art. 45) o las especialidades probatorias a las que se refiere el artículo contiguo.<sup>203</sup>

---

200 De ahí la denominación del art. 37 LOTJ: “auto de hechos justiciables”. Al respecto, GARBERI LLOBREGAT, J. “Formación y contenidos del objeto de veredicto en la nueva ley orgánica del Tribunal del Jurado”, *La Ley* 1996, vol. 3, pp. 1431 y ss.

201 La fórmula para ello se encuentra reproducida en el art. 41.1 LOTJ. Véase al respecto MORENO RETAMINO, J.L. “El juramento o promesa de los jurados en España”, *La Ley* de 14 de agosto de 2000, nº 5118, pp. 1 y ss.

202 Arts. 680 y ss LECrim. En particular, para el estudio de esta fase ante el Tribunal del Jurado, PLANCHAT TERUEL, J.M. “El juicio oral ante el Tribunal del Jurado”, *Actualidad Penal* 1996, vol. 1, nº XXIII, marginales 371 y ss.

203 Por todos, consúltese, ASENCIO MELLADO, J.M. “La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. La Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo”, al igual que MIRANDA ESTRAMPES, M. “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, ambos en *El Tribunal del Jurado*, CGPJ, Madrid 1996.

Finalizada la práctica de la prueba, tendrá lugar el trámite de informes y conclusiones, momento en el que las partes pueden, al igual que en el proceso ordinario o abreviado, modificar sus anteriores escritos de calificación. Sin embargo, rige una especialidad para este procedimiento ante el Tribunal del Jurado, cual es la posibilidad que se le reconoce a la defensa para solicitar la disolución de dicho Tribunal a cargo del Magistrado-Presidente si estimara que “del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado” (art. 49). En el siguiente precepto se contempla la alternativa contraria, cual es la conformidad de la defensa con la pena más alta solicitada por la acusación,<sup>204</sup> salvo que concurriera alguno de los supuestos previstos en este art. 50 LOTJ que fundamentara la oposición del Magistrado-Presidente a la misma.

El juicio oral finaliza con la “última palabra” concedida al acusado, tras lo cual se inicia el trámite de la “determinación del objeto del veredicto”, regulado en los artículos 52 y ss; ello en puridad constituye la declaración de hechos probados de la que dará cuenta el magistrado-presidente a los jurados. Tras la determinación de este objeto del veredicto por parte del Magistrado-Presidente, se da la facultad a las partes para que aleguen lo que estimen conveniente, pudiendo incorporar modificaciones.

En cuanto a la deliberación del Jurado para la emisión de su veredicto,<sup>205</sup> ésta se efectuará en secreto y en “unidad de acto”, conforme los artículos 56 y 57; no obstante, los jurados pueden solicitar las aclaraciones que fueran precisas al Magistrado-Presidente. La votación se efectuará en los términos indicados en el art. 58 LJ, siendo necesaria la reunión de votos expresada en el precepto

---

204 Institución que, como el Jurado, también tiene su origen en el Derecho anglosajón, concretamente norteamericano (*plea bargaining*). Sobre la misma, más ampliamente, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada 1996, así como RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *La Justicia penal negociada: experiencias de Derecho Comparado*, Salamanca 1997, respecto de su traslado a diversos países europeos; de forma específica para este procedimiento, DE DIEGO DIEZ, L.A. “La conformidad en la Ley del Tribunal del Jurado”, La Ley 1996, vol. 2, pp. 1304 y ss.

205 Sobre la regulación del veredicto en la Ley del Jurado, con carácter general y entre otros, ESPARZA LEIBAR, I. “Algunas cuestiones sobre el veredicto en la Ley del Jurado”, *Revista Tribunales de Justicia* 2000, nº 4, pp. 451 y ss así como DE LA LLANA VICENTE, M. “La regulación normativa del veredicto”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 15 de septiembre de 2000, nº 1877, pp. 2879 y ss.

siguiente: siete votos para determinar la culpabilidad<sup>206</sup> y cinco en caso contrario. Asimismo, el Jurado levantará acta<sup>207</sup> de dicha sesión (o sesiones) que entregará al Magistrado-Presidente, aunque la misma puede serle devuelta si concurrieran alguna de las circunstancias expresadas en el art. 63 LOTJ.<sup>208</sup>

**d) Sentencia:** su dictado corresponde al Magistrado-Presidente, en cuanto función técnica, pero la misma, lógicamente, habrá de adecuarse al contenido del veredicto emitido por el Jurado. Así, si este último fuera de inculpabilidad, la sentencia será absolutoria y ordenará la inmediata puesta en libertad del acusado (art. 67 LOTJ); si fuera de culpabilidad, se dará turno de intervención a las partes del proceso penal para que informen sobre la pena o medida de seguridad a imponer. Tal informe de las partes acusadoras, en cuanto tal, no vincula al Magistrado-Presidente más allá de la necesaria congruencia de la sentencia a dictar.

La sentencia, por tanto, habrá de incluir el contenido descrito en el artículo 70, precepto que se remite a las normas generales sobre esta cuestión.<sup>209</sup> La misma habrá de incorporar la declaración de hechos probados y el hecho o hechos punibles descritos en el veredicto. A esta sentencia se adjuntará el acta del jurado, que será también objeto de publicación.

Por su parte, dicha sentencia será susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conforme al nuevo art. 846 bis a) LECrim, reformado como consecuencia de la promulgación de la Ley del Jurado. Sin embargo, resulta absolutamente criticable<sup>210</sup> la suje-

---

206 A este respecto, LÓPEZ SÁNCHEZ, J. "El veredicto de culpabilidad del Jurado", Revista Tribunales de Justicia 1999, nº 12, pp. 1159 y ss.

207 En cuyo contenido habrá de incluirse "una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados" (art. 61.1.d) LOTJ). Este requisito de carácter discutible que constituye la llamada "motivación del veredicto" hace alejarse el modelo de Jurado español de su original anglosajón, queriéndose buscar su justificación en la exigencia constitucional del art. 120.3 respecto de la motivación de las sentencias. Véase en particular, IGARTUA SALAVERRIA, J. "Sobre el Jurado y la motivación de su veredicto, una vez más" Jueces para la Democracia 2000, nº 38, pp. 56 y ss.

208 Así, en especial, FLORS MATIES, J. "Acta de votación y veredicto del Jurado. Lectura y devolución", Revista General del Derecho 1998, nº 642, pp. 1825 y ss.

209 En concreto, art. 248.3 LOPJ.

210 En la misma línea, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. "El nuevo recurso de apelación en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado", Actualidad Aranzadi de 8 de junio de

ción a motivos tasados que realiza el también reformado art. 846 bis c) LE-Crim para la interposición de este recurso de apelación, dado que ello atiende más a la naturaleza de un recurso extraordinario –casación– cuando, por el contrario, el recurso de apelación es el recurso ordinario por excelencia. Por último, la sentencia dictada por esta Sala de lo Civil y Penal del TSJ podrá ser objeto de recurso de casación en los términos descritos en la ley procesal penal con carácter general.<sup>211</sup>

## VI. Aplicación práctica de la LOTJ: especial referencia al ámbito territorial de Castilla y León

De este modo se procede al análisis de las experiencias prácticas alcanzadas en el enjuiciamiento de la causas por parte del Tribunal del Jurado desde la entrada en vigor de dicha ley en las diferentes provincias españolas, con particular incidencia en aquellas pertenecientes a nuestra Comunidad Autónoma. Para ello se parte de la comprobación de las estadísticas judiciales<sup>212</sup> respecto del número de causas enjuiciadas en relación con cada uno de los supuestos delictivos y el veredicto alcanzado, de culpabilidad o inculpabili-

---

1995, nº 201, pp. 1 y ss y, más ampliamente, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. *La "apelación" de la sentencia en el juicio con Jurado*, Bolonia 1998. Sobre los recursos en general, consúltese MONTERO AROCA, J. *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada 1996.

211 Arts. 847 y 848 LECrim. En particular referencia al recurso de casación en este procedimiento ante el Tribunal del Jurado, MONTERO AROCA, J. "Ámbito del recurso de casación en el proceso especial ante el Tribunal del Jurado (con ocasión de la STS, Sala 2ª, de 24 de febrero de 1998", *Revista Tribunales de Justicia* 1998, nº 8/9, pp. 831 y ss; así también, FERNÁNDEZ ALVARES, M. "La casación penal y la Ley del Tribunal del Jurado", *Actualidad Jurídica Aranzadi* de 14 de diciembre de 1995, nº 225, pp. 1 y ss.

212 Además de las comprobaciones personales realizadas en las distintas Audiencias Provinciales, se utiliza como fuente los informes elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, aprobados en sendos plenos de 14 de enero de 1998 y 5 de mayo de 1999, así como las Memorias presentadas por la Fiscalía General del Estado durante los años 1997, 1998, 1999 y 2000. Asimismo destacan los comentarios a alguno de estos informes presentados por la Asociación Pro-Jurado, publicado en la *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 1998, nº 1, pp. 277 y ss, y de FAIRÉN GUILLÉN, V. "Una ojeada al "informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la experiencia de la aplicación de la vigente Ley Orgánica del Tribunal del Jurado", *La Ley* de 12 de junio de 1998, nº 4561.



dad, apreciando así notables diferencias numéricas entre las diferentes provincias así como en relación con el hecho delictivo objeto de enjuiciamiento, dentro de aquellos supuestos enumerados en el art. 1 LOTJ. Finalmente y como resultado de todo ello, podrán extraerse una serie de conclusiones a la hora de valorar la aplicación de la nueva Ley del Jurado en estos años.

Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley del Jurado el 23 de noviembre de 1995 hasta, a modo de ejemplo, la fecha de 31 de marzo de 1997 se registraron un total de 76 causas ante Tribunales de Jurado finalizadas con sentencia. Sin embargo, son apreciables diferencias numéricas en las distintas provincias como ha sido anticipado pues, durante estos catorce meses de vigencia de la LOTJ, no ha tenido lugar ni un solo proceso ante el Tribunal del Jurado en, aproximadamente, una veintena de Audiencias Provinciales; en algunas de ellas hay justificación por cuanto el índice de litigiosidad penal es reducido (por ejemplo, Soria o Teruel) pero en otras resulta más sorprendente la ausencia de tales estadísticas ya que este volumen es relativamente alto (por ejemplo, Alicante, Cádiz o La Coruña<sup>213</sup>). La única explicación a ello se encuentra en la diversidad de criterios empleados desde la Fiscalía y Juzgados de Instrucción para proceder a la calificación de los hechos delictivos.

También y en el mismo período temporal es notable la diferencia de tales causas conocidas por el Tribunal del Jurado en relación con los hechos delictivos objeto de enjuiciamiento. Así y en el marco de los delitos cuya atribución competencial al Tribunal del Jurado se realiza por el art. 1.2 LOTJ hay que decir que el mayor número lo ocupan los casos de homicidio y asesinato (42), seguidos a bastante distancia por los de allanamiento de morada (19), amenazas (9), delitos contra la Administración Pública<sup>214</sup> (8), omisión de deber de socorro (7) e incendios forestales (2). Desde luego llama la atención las bajas cifras de delitos como aquellos producidos contra la Administración Pública pese a la multiplicidad de supuestos allí recogidos, lo cual se explica por la escasa frecuencia de los mismos; así también respecto de otros como la omisión del deber de socorro o, más aún, incendios forestales, ante la dificul-

---

213 A diferencia de Pontevedra, provincia limítrofe y con un índice de litigiosidad penal equiparable, en la que el número de causas enjuiciadas por Tribunal de Jurado asciende a nueve.

214 Incluye los delitos de infidelidad en la custodia de documentos públicos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios e infidelidad en la custodia de presos, todos ellos enumerados en el anterior art. 1.2 LOTJ.

tad que conlleva la imputación en este último caso dado el desconocimiento de la autoría en la mayor parte de las causas.

Sin embargo, particular mención merece el caso del delito de amenazas en que, pese a la frecuencia y volumen de asuntos que alcanza este supuesto delictivo, es tan escaso el número de causas tramitadas ante el Tribunal del Jurado. Aquí la razón estriba en la posibilidad de calificar tales amenazas como faltas a tenor del art. 620 CP y así con ello evitar su enjuiciamiento por Audiencia Provincial con formación de Jurado; este fenómeno ha sido calificado de forma bastante gráfica como la “huida del Jurado”.<sup>215</sup> Tales resultados, claro está, presentan considerables diferencias geográficas que tienen lugar en las diferentes provincias españolas.

También ha de matizarse que el número de causas referido ha sido expuesto en términos generales, pudiendo deducirse del mismo aquellas causas que finalizan con sentencia de conformidad, sin constitución del Tribunal del Jurado o sin celebración de juicio oral. De este modo, las cifras anteriores se reducen a 32 (homicidio y asesinato), 8 (allanamiento de morada), 4 (amenazas), 1 (delitos contra la Administración Pública), 2 (omisión del deber de socorro) y 1 (incendios forestales). La valoración que puede hacerse a este respecto es que son precisamente los delitos contra la Administración Pública donde la conformidad alcanza su máxima expresión, quizás por la especial autoría de tales delitos.

Por último y dentro de esta totalidad de causas delictivas arriba expuesto, ha de diferenciarse aquellos casos en que la sentencia es absolutoria o inculpatória. Así, en términos porcentuales destaca un 30% de veredictos de inculpatibilidad en aquellas sentencias resultantes de un proceso ante Tribunal del Jurado frente al 20% de sentencias absolutorias dictadas por Juzgados y Tribunales profesionales. Ello refleja, pues, la mayor “benevolencia” del Tribunal del Jurado compuesto por legos frente a los técnicos en Derecho, resultado de veredictos muchas veces “sorprendentes” y entre los cuales el más conocido fue el que tuvo lugar a raíz del caso Otegui.<sup>216</sup>

---

215 Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la experiencia de la aplicación de la vigente Ley orgánica del Tribunal del Jurado aprobado por el pleno de 14 de enero de 1998 (mecanografiado) p. 19.

216 Sentencia del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa de fecha de 10 de marzo de 1997, objeto de recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la acusación

Hecha hasta ahora referencia genérica de la aplicación de la LOTJ en el conjunto de Audiencias Provinciales del territorio estatal, resta hacer particular mención de aquellas pertenecientes al ámbito territorial de Castilla y León. De este modo y a modo de ejemplo, durante el año 1997, el número de causas ingresadas en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma ascendió a 21, resultando resueltas a final de año la cifra de 15. Por lo demás, el análisis de la aplicación de la LOTJ en esta Comunidad Autónoma no difiere del antes expuesto en términos generales observándose la misma disparidad geográfica (por ejemplo, entre Valladolid y Soria) al igual que los anteriores fenómenos de “huída del Jurado”, “benevolencia del Jurado” y empleo recurrente de la institución de la conformidad.

## VII. A modo de conclusión

Hecha hasta aquí exposición de los precedentes históricos de la institución del Jurado, tanto en nuestro país como en otros, además del *iter* constitucional del art. 125 CE así como los subsiguientes proyectos legislativos de desarrollo del citado precepto constitucional anteriores a la legislación actual a partir de la LO 5/1995, *indatada*, del Tribunal del Jurado –cuyo examen dejamos para otros momento– resta aquí y ahora extraer una mínima conclusión al respecto. No en vano y finalmente, el legislador ordinario español ha realizado dos opciones importantes; así y en primer lugar, dar lectura parlamentaria a la “cláusula de habilitación” constitucional del artículo 125 y, en segundo lugar, elegir el modelo de Jurado “puro” o anglosajón, con todo lo que ello implica.<sup>217</sup>

Desde luego son muchos y muy variados los argumentos que se dan a favor o en contra de la institución del Jurado que aquí hemos omitido y de todo carácter –histórico, filosóficos, político, ideológico, jurídico, técnico, sociológico, psicológico, incluso económico, etc.–<sup>218</sup> para sustentar las tesis de uno

---

particular en virtud del art. 846 bis a) LECrim, cuya sentencia de 26 de junio de 1997 declara la nulidad del veredicto por falta de motivación, exigencia que resulta del art. 61.1.d) LOTJ. Finalmente, el asunto fue zanjado mediante la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998, como resultado del recurso de casación interpuesto contra la sentencia anterior a tenor del art. 847 LECrim.

217 Nos remitimos a lo dicho más arriba respecto de la posibilidad “constitucional” por parte del legislador ordinario de suprimir algún día la vigencia del Tribunal del Jurado o, incluso, proceder a su “conversión” en Escabinado.

218 Por todos, SORIANO, R. *El nuevo Jurado español*, op. cit., esp. pp. 29 y ss; así también, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “El Jurado popular”, op. cit., esp. pp.

y otro lado; se trata en suma y desde un punto de vista práctica del análisis de las ventajas e inconvenientes de la propia vigencia del Tribunal del Jurado.<sup>219</sup> En todo caso y como ya fue advertido desde algún sector doctrinal hace incluso medio siglo en relación con nuestro país –así, ALCALÁ-ZAMORA–,<sup>220</sup> se ha caído en el error de convertir la discusión sobre el Jurado en “materia de debate político”, ello cuando, en puridad, la discusión correcta debería centrarse “en torno a la capacidad de los jueces legos para juzgar y a los resultados de su actuación”.<sup>221</sup> Sólo que entonces el autor, en su crítica general a la institución, se equivocaba al vaticinar la rápida desaparición del Jurado<sup>222</sup> –¡incluso en Inglaterra!– pues nuestro país, experto en importar

---

310 y ss, y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. *La participación popular en la administración de Justicia*, op. cit., esp. p. 54 y ss. De un modo particular, en uso de alguno de estos argumentos a favor o en contra del Jurado, véase DE PAUL VELASCO, P. “Factores extralegales que influyen en la toma de decisión de los miembros del Jurado”, Cuadernos de Política Criminal 1993, nº 50, pp. 657 y ss, TOHARIA, J.J. “Los españoles ante el juicio con Jurado”, Documentación Jurídica 1985, nº 45/46, pp. 285 y ss, DE URBANO CASTILLO, E. “El coste de los juicios por jurado a través del análisis de un caso real”, Tribunales de Justicia 1997, nº 8/9, pp. 865 y ss, etc.

Por ejemplo y entre los argumentos positivos a favor del Jurado se aduce su conexión con la justicia liberal así como su consideración como “vehículo de participación popular”, la potenciación de la eficacia de los principios procesales penales (oralidad, publicidad, libre apreciación de la prueba), el respeto del derecho “natural” a ser juzgado por el pueblo y participar en la administración de justicia, etc. Entre los argumentos negativos o inconvenientes del Jurado se cita el fracaso de experiencias históricas anteriores, la existencia de otros procedimientos de “democratización de la justicia” (por ejemplo, la acción popular recogida en el mismo art. 125 CE, la opción del escabinado, etc.), la imposibilidad de disociar entre el juicio de hecho y de derecho además de la falta de motivación del veredicto, el desonocimiento del Derecho así como la falta de interés o absentismo de los propios jurados, la lenidad o mayor severidad de éstos en su enjuiciamiento, el encarecimiento del proceso penal, etc.; precisamente, una ácida crítica a la institución con base en muchos de estos últimos argumentos le dirige PEDRAZ PENALVA, E. “El Jurado como vía de participación popular”, op. cit., *passim*.

219 Por ejemplo y de modo particular, LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G. “El juez lego o jurado: ventajas e inconvenientes”, *I Jornadas sobre el jurado*, Sevilla 1995, pp. 49 y ss.

220 Nos referimos a su publicación sobre el “El Jurado popular”, ya citada, de fecha de 20 de septiembre de 1952.

221 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “El Jurado popular”, op. cit., p. 310.

222 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “El Jurado popular”, op. cit., esp. p. 319.

instituciones anglosajonas no siempre bien recibidas,<sup>223</sup> ha implantado igualmente el Jurado cuando en su lugar o lugares de origen (en consideración con Estados Unidos), si bien todavía vigente, sí es fruto de cuestionamiento además de escasa efectividad.<sup>224</sup>

Pero ello ya sería objeto de otro trabajo. ❖

---

223 Por ejemplo, la institución de la conformidad o *plea bargaining system*; por todos, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada 1996, así como, respecto de su “exportación” a la Europa continental, RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *La Justicia penal negociada: experiencias de Derecho Comparado*, Salamanca 1997.

224 Precisamente y con motivo de la vigencia de la institución arriba citada, sólo uno de cada diez casos alcanza la apertura del juicio oral en Estados Unidos, por tanto, más extraña es aún la actuación del Jurado; y todavía menor eficacia desempeña en Inglaterra. Para un examen estadístico en ambos casos, consúltese ABRAHAM, H.J. *The judicial process*, op. cit., esp. pp. 113 y ss.

También resulta de interés respecto de la eficacia del Jurado desde el punto de vista de uno de sus miembros la monografía de André GIDE, *No juzgueis: apuntes sobre mis experiencias como jurado en el tribunal de Rúan*, Barcelona 1996.



# **Delito socioeconómico y proceso penal: El derecho procesal penal económico (El caso peruano)**

**César San Martín Castro**  
Profesor de Derecho Procesal Penal  
Universidad Católica de Perú

## **I. Introducción**

1. El Derecho procesal penal económico, poco a poco, aunque no de una manera sistemática, va ganando un espacio propio en la disciplina procesal penal. Su desarrollo, por cierto, va de la mano –aunque con ciertos retrasos– con los avances y los estudios progresivos e intensos del Derecho penal económico, el mismo que según JEAN PRADEL es un derecho no sólo confuso [límites no muy clarificados] y que provoca aprehensión [tensión entre los principios penales y la lógica del mundo de los negocios y su actividad], sino que también es dinámico en su crecimiento y está en constante evolución, lo que impide cierta seguridad jurídica.<sup>1</sup> Su definición está en relación con un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica, que por lo demás es un fenómeno complejo que rebasa lo propiamente jurídico-penal.<sup>2</sup>

---

1 Derecho Penal Económico Francés: algunos aspectos actuales. En: Revista del Poder Judicial, 3ra. Época, No. 49, 1er. Trimestre, Madrid, 1998, pp. 361/362.

2 PÉREZ DEL VALLE, Carlos: Introducción al Derecho penal económico. En: Curso de Derecho Penal Económico (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 1998, p. 19.

El interés en el Derecho penal económico se bifurca en dos datos evidentes; el *primero*, vinculado a la progresiva dañosidad social de los delitos que afectan la vida económica de las sociedades contemporáneas y el incremento constante de agentes en su comisión; y, el *segundo*, como postula GARCÍA ARÁN, radicado en el incremento de la actuación económica de sociedades y empresas que provoca también el incremento de la delincuencia cometida a su amparo, hasta el punto de que un estudio del *Max-Planck-Institut* sitúa en torno al 80% el porcentaje de delitos económicos cometidos en el seno o bajo la cobertura de personas jurídicas.<sup>3</sup>

No está demás decir, por consiguiente, que estos delitos tienden a hallar su caldo de cultivo ideal en el seno de las empresas con forma de sociedad mercantil,<sup>4</sup> que es la célula esencial en la estructura y el desarrollo económicos.

La gran preocupación política en esta materia, sin duda alguna, se orienta a los problemas de la *eficacia de la persecución penal*, que incluye tanto iniciativas o propuestas de reforma al proceso penal, tales como la incorporación de nuevas instituciones procesales penales (v.gr.: fórmulas premiales, transacción procesal, medidas innovativas y preventivas, etc.) y la específica modificación o rearticulación de otras más bien clásicas (v.gr.: prejudicialidad, medidas cautelares, etc.), cuanto la configuración de nuevos esquemas orgánicos de los órganos penales, sobre la base de la especialización, y la potenciación del poder de intervención de la Administración.

Otro punto de vital importancia está constituido por el ámbito internacional. En él es menester (a) la compatibilización de legislaciones, básicamente para evitar el blanqueo de capitales o activos y la cancelación de los paraísos fiscales; (b) la institucionalización de un sistema de información compartida –inclusive espontánea– a nivel internacional, atento a la forma en que el capital traspasa fronteras y fluye muy fácilmente de una jurisdicción a otra; (c)

---

3 Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, Director MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Universidade Da Coruña, 1998, p.45. Según PORFIRIO, Sofía [El marco legal internacional del lavado de dinero. En: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Lima, 2000, p. 55] las actividades ilícitas en el mundo manejan 800 mil millones de dólares, las mismas que son objeto de blanqueo a través, en su mayor parte, del sistema financiero. En el Perú el lavado va desde los 500 a mil millones de dólares [SOBERÓN, Ricardo: Situación del lavado de dinero en el Perú: realidades y mitos, Ob. Cit., p. 42].

4 DE LA GÁNDARA, Beatriz: El sujeto del Derecho penal económico. En: Curso de Derecho Penal Económico, Ob. Cit., p.49.



la consolidación de una cooperación judicial internacional de dos tipos, una horizontal –desarrollada entre las autoridades competentes de los Estados– y otra vertical –dirigida a coordinar la acción de las instituciones internacionales con las autoridades nacionales competentes en la persecución y sanción del blanqueo.<sup>5</sup>

2. De entrada es de mencionar cuatro problemas iniciales a los que se enfrenta este capítulo novísimo del Derecho procesal penal: a). El ámbito del Derecho procesal penal económico, sobre la base de determinar preliminarmente lo que se entiende por *delito económico*. Ello es así porque, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, nos encontramos ante una familia delictiva que ofrece determinadas peculiaridades o notas distintivas que permiten individualizarla y que sirven para diferenciarla de aquellas agrupaciones delictivas que tradicionalmente se han incardinado en el Derecho penal clásico.<sup>6</sup> b). Las características propias y complejas de la persecución penal de estos delitos. c). La organización de los órganos penales y la configuración general del procedimiento penal. d). El papel de la administración en el control de estos delitos.

## II. Delimitación del Derecho penal económico

### 1. Concepto de Derecho penal económico

a) Después de muchas discusiones se ha llegado a un práctico consenso acerca del objeto del Derecho penal económico. Apunta BAJO FERNÁNDEZ que el Derecho penal económico busca proteger el *orden económico*, en tanto regulación jurídica de la participación estatal en la economía [*concepción estricta*] o de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios [*concepción amplia*].<sup>7</sup> El Derecho penal económico, en palabras de ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, abarca la criminalidad relacionada con la económica, con el orden económico.<sup>8</sup>

---

5 Cfr.: GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos, Ed. Colex, Madrid, 2000 p. 59.

6 Derecho Penal Económico – Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 20.

7 Manual de Derecho Penal, Parte Especial - delitos patrimoniales y económico, Ed. Ceura, Madrid, 1987, p. 394.

8 Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica. En: Revista Actualidad Penal, 1997-1, Madrid, p. 105.

Esta disciplina, fuertemente impulsada por el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, como es lógico, sólo se explica en los marcos de una economía social de mercado, que por cierto nuestra Constitución en su art. 58° consagra expresamente, aunque no con la fuerza intervencionista necesaria.

En tal sentido, KLAUS TIEDEMANN, adoptando una concepción amplia, define el delito económico como el conjunto de delitos relacionados con la actividad económica y dirigida contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica.<sup>9</sup> Son ilícitos que se destacan por su carácter pluriofensivo y su trascendencia general. En esta misma perspectiva, BUSTOS RAMÍREZ anota que los bienes jurídicos que integran el Derecho penal económico, por estar referidos a la colectividad, están en situación de ser afectados de modo amplio y constante: su afectación está referida a un amplio conjunto de personas, a grandes mayorías, e incide en toda su vida cotidiana, de ahí su extensa dañosidad social.<sup>10</sup>

Sobre la enorme nocividad social y económica de la delincuencia económica GERARDO LANDROVE DÍAZ ha sido muy enfático. Nos dice que, a veces, victimiza a muy amplios colectivos, ocasionando la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, la lesión de la economía nacional, la eliminación de la competencia honesta o el difícilmente soslayable efecto de contagio y las reacciones en cadena [quiebras, despido masivo de trabajadores, alza del interés de los institutos de créditos, etc.].<sup>11</sup>

b) Si se sigue la *concepción estricta de orden económico*, el contenido del Derecho penal económico quedaría reducido a los delitos que poseen como interés jurídico inmediata o directamente protegido un bien de naturaleza supraindividual general que afecta a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. Estamos hablando, en estricto sentido, de los delitos contra la libre competencia y abuso de poder económico, delitos aduaneros, delitos tributarios, delitos de blanqueo de activos, delitos financieros, entre otros. Su base estaría en los arts. 61°, 74°, 83°, 87° y 118°.20 de la Constitución, que protege o regula de algún modo la libre competencia, la potestad tributaria, el sistema monetario, el régimen bancario y de seguros, y las tarifas arancelarias.

---

9 Lecciones de Derecho penal económico, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pp. 33/34.

10 Perspectivas actuales del Derecho penal económico. En: Libro Homenaje a la memoria del Profesor Juan del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1993, p.214/215.

11 La represión de la delincuencia económica. En: Revista Jueces para la Democracia, No 31, Marzo, Madrid, p. 28.

c) Desde la *concepción amplia del Derecho penal económico*, se incorporan, además, aquellos delitos que importan, en primer lugar, la vulneración de un bien jurídico patrimonial individual que, a su vez y en segundo lugar, lesionan o ponen en peligro la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Están comprendidos los delitos de usura, fraudes societarios [delitos societarios, propiamente dichos], fraudes alimentarios y de protección al consumidor, delitos laborales, falsedades documentales, delitos ecológicos y delitos contra la propiedad intelectual. La Constitución impone, por ejemplo, la protección al consumidor (art. 65°) y al medio ambiente (art. 67°), así como reconoce la propiedad intelectual como un derecho fundamental (art. 2°.8).

Es claro que, como apunta JULIO MAZUELOS COELLO, la concepción amplia del Derecho penal económico es la que prevalece actualmente en la doctrina dominante; concepción que permite precisar con mayor exactitud determinadas categorías de la teoría del delito, tales como bien jurídico, sujetos activos, tipicidad y antijuricidad; permitiendo formular mayores soluciones dogmáticas satisfactorias que la tesis que reduce la delincuencia económica a formas especiales de los delitos patrimoniales.<sup>12</sup>

d) MUÑOZ CONDE enseña que no cabe circunscribirse –para identificar el delito económico– a la designación fijada en el Código Penal.<sup>13</sup> De igual manera, acota que la noción estricta del orden económico no es suficiente puesto que no abarca una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos y que excede el ámbito puramente patrimonial individual [v.gr.: propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, delitos societarios y el blanqueo de activos].<sup>14</sup>

Nuestro Código Penal de 1991 contiene una sistematización no necesariamente coincidente con las nociones ya enunciadas. El título IX denominado específicamente *delitos contra el orden económico*, sólo recoge figuras ligadas a la libre competencia, al comercio ilícito, a la publicidad engañosa y desprestigio comercial, a la omisión de información, al uso indebido de tasa de cambio preferencial y a la conducción ilegal de casinos de juego. Sin embargo, como precisa MANUEL ABANTO, en otros títulos del Código aparecen

---

12 Derecho penal económico y de la empresa, Ed. San Marcos, Lima, 1996, pp. 20/21.

13 Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. En: Revista Penal, No 1, Ed. Praxis, Barcelona, 1998, p. 68.

14 MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., p. 69.

registrados delitos económicos, tales como: a) delitos contra confianza y la buena fe en los negocios, VI; b) delitos contra la propiedad industrial, VII; c) delitos contra el orden financiero y monetario, X; d) delitos tributarios, que incluye –en legislación especial– los delitos tributarios y los delitos aduaneros, XI; y, e) delitos ecológicos, XIII.<sup>15</sup>

No puede dejar de mencionarse el delito de blanqueo de capitales, cuya existencia se debe, según QUINTERO OLIVARES, a la necesidad de luchar contra aquellos delitos que pueden producir grandes sumas de dinero,<sup>16</sup> en tanto mecanismo criminal que consiste en la incorporación o reintroducción de los bienes o capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales, a la economía legal; y, como tal, es el punto de inflexión entre la economía legal y la ilegal, de ahí su consideración de delito económico.<sup>17</sup>

## 2. Lineamientos político-criminales

e) No debe perderse de vista, como anotan BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO, que un requisito básico dentro de la estructura de estos delitos es la existencia del “*abuso de una posición de poder*”, en cuya virtud el agente delictivo aprovecha su situación predominante en el mercado y la utiliza abusivamente, lo que está en la base de la ineficacia de la represión y la gran nocividad social producida por estos hechos.<sup>18</sup> No obstante ello, como llama la atención JEAN PRADEL, el número de hombres de negocios que son perseguidos judicialmente aumenta paulatinamente, lo que provoca una fundada aprehensión en el mundo del capital, de suerte que puede decirse que hay una complejidad en conciliar el mundo empresarial y su actividad y los principios penales que imperan.<sup>19</sup>

f) Es del caso enfatizar, con GERARDO LANDROVE DÍAZ, seis características de los delincuentes económicos. 1. Son delincuentes de nivel socioeconómico

---

15 Derecho Penal Económico, Ed. Idemsa, Lima, 1997, p. 33.

16 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Director), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 706.

17 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: el delito de Blanqueo de Capitales, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp.

18 Manual de Derecho penal – Parte Especial, Ed. San Marcos, Lima, 1997, pp. 397/398.

19 Ob. Cit., p. 361.

elevado, que participan de un peculiar código moral y una escala de valores en la que prima el éxito económico. 2. A su alrededor existe una competente e inmoral asesoría jurídica que les permite, en el desarrollo de su actividad profesional, bordear la ley. 3. El derecho penal está anclado en el viejo principio *societas delinquere non potest*, no obstante lo cual en estos delitos se utiliza a las personas jurídicas, lo que plantea problemas de imputación delictiva y de prueba. 4. Garantía de impunidad que se refuerza en regímenes totalitarios o en las democracias simplemente formales; la indulgencia o benevolencia con estos delincuentes se explica a partir de la complicación que rodea al hecho (ingeniosidad en la comisión delictiva, utilización de especialistas y asesores, y aprovechamiento de la propia situación de la justicia). 5. Impunidad creciente y utilización de chivos expiatorios que impiden que los verdaderos responsables lleguen siquiera a sentarse en el banquillo de los acusados. 6. Lamentable insensibilización ciudadana a esta criminalidad.<sup>20</sup> Otra nota característica, anotan AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR y CARLOS MARTÍNEZ PÉREZ, es (7) la creciente internacionalización de esta delincuencia.<sup>21</sup>

Finalmente, y como apunta CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO, (8) es evidente la relación de los delitos socioeconómicos, no tanto con la economía como con el Derecho mercantil y administrativo, en cuya virtud se utiliza la técnica de las normas penales en blanco o se construyen figuras penales repletas de elementos normativos extrapenales que obligan al conocimiento y comprobación de normas del más variable carácter, sin las cuales no será posible la incardinación de la conducta con el correspondiente tipo penal.<sup>22</sup>

g) Es de tener presente que, aun cuando resulta de sustancial importancia determinar el ámbito de esta rama jurídica indisciplinar que es el Derecho Económico y, a partir de ella, lo que se entiende por delito económico, lo cierto es que desde la óptica procesal resulta esencial asumir una perspectiva más bien pragmática que tome en consideración, indistinta o concurrentemente: (1) la calidad supraindividual de los bienes jurídicos económicos o la proyección de la afectación de un bien jurídico individual, patrimonial, al funcionamiento del propio sistema económico; y, (2) la complejidad y dificultad de la investigación del delito, vinculadas a la necesidad de conocimientos especia-

---

20 Ob. Cit., p. 35.

21 Delincuencia y Economía, Ed. Imprenta Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, 1983, p. 38.

22 La prueba pericial en los delitos económicos. En: Revista Jueces para la Democracia, marzo, 1998, Madrid, p. 60.

les y de medios de investigación apropiados para combatirlos. Precisamente, estos son los parámetros asumidos por el sistema francés y el alemán, en los que los problemas vinculados a la justicia penal en materia socioeconómica se focalizan en determinar la amplia nocividad social de dichos injustos y la complejidad de su persecución que amerita la construcción de instituciones penales especializadas y potenciadas en recursos y personal. TIEDEMANN apunta al respecto que, en rigor, no es de tomar en cuenta el tipo criminológico de autor, sino las dificultades criminalísticas del descubrimiento y la persecución de estos hechos y que es la combinación de ambos puntos de vista y la dirección del hecho contra el orden económico lo que define la orientación penal económica del hecho punible.<sup>23</sup>

Basta, pues, como aduce BERND SCHÜNENANN, que se trate de acciones punibles que se cometan en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella,<sup>24</sup> a la que desde un punto de vista procesal y orgánico se le adicionan las notas de nocividad social y complejidad de su persecución, para justificar un modelo procesal específico y una construcción orgánica y funcional especializada.

No está demás recordar que de lo que se trata, desde la perspectiva del Derecho procesal penal y sin descuidar la definición del objeto del Derecho penal económico, es de construir una doctrina específica –orgánica y procedimental– que cumpla con eficiencia los fines clásicos del proceso penal, introducidos –como se sabe– por las ideas del iluminismo, tal como lo recuerda DANIEL PASTOR, siguiendo a CLAUS ROXÍN: 1. Imponer la pena al culpable [paz jurídica a través del proceso]; 2. Proteger al inocente contra los abusos del poder penal del Estado; y 3. Respetar la dignidad de la persona del imputado.<sup>25</sup>

---

23 La criminalidad económica como objeto de investigación. En: Temas de Derecho penal económico y ambiental, Ed. Idemsa, Madrid, 1999, p. 42

24 Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal acerca de la criminalidad de la empresa. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLI, Fascículo II, Madrid, 1988, p. 529.

25 ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal 'convencional' a los delitos 'no convencionales'? En: Delitos no convencionales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994. p. 270.

### III. Características procesales del delito socioeconómico

#### 1. Aspectos generales o comunes

a) Tres son las características esenciales que presenta el delito económico desde el punto de vista procesal. Las dos primeras han sido expresadas por JULIO MAIER y la última por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Tienen que ver: a) con las dificultades del procedimiento de iniciación, vinculada a la denuncia y a la intermediación de órganos de control especializada de la Administración; b) con la complejidad de los casos y los problemas de organización tribunalicia que plantea; y, c) con la presencia de prejudicialidades y de requisitos de procedibilidad. Otra característica, que en puridad constituye una expansión a partir de los delitos contra el patrimonio, tiene que ver con las especialidades propias de la pretensión civil (la acción civil ex delicto).

b) *Dificultad en conseguir la información necesaria para comenzar la investigación y persecución penales.* En estos delitos, por lo general, no hay denuncias de víctimas individuales y el sistema de persecución se sustenta básicamente en una información oficial generada por el propio Estado. A lo expuesto se agrega la ineficiencia –propia o provocada– del aparato estatal para generar su propia información, lo cual se debe a cuatro causas muy puntuales: 1º) Escasa especialización de los cuerpos policiales para esta tarea; 2º) Mediatez física y temporal entre delito, autor y conocimiento del mismo [ocultación del delito y del autor tras una persona jurídica u organización], por los espacios temporales que la legislación común dispone para proporcionar información y porque resulta necesario investigar la información recibida; 3º) Existencia del secreto bancario y de la reserva tributaria y del derecho a la intimidad documental; y, 4º) Internacionalización de la actividad comercial e industrial y existencia de empresas transnacionales, difíciles de controlar.<sup>26</sup>

c) *Complejidad en los casos y de su investigación.* Ésta se traduce: 1º) En la necesidad de conocimientos específicos, tanto jurídicos como relativos a otras ciencias; 2º) En la existencia de gran número de sospechosos y de hechos delictivos conexos, propios de la criminalidad a través de organizaciones y

---

26 MAIER, Julio B.J.: Delincuencia socioeconómica y reforma del proceso penal. En: Revista Doctrina Penal, año 12, Buenos Aires, 1989, pp. 519/520.

personas jurídicas o morales [también, en este rubro, es de rigor enfatizar los efectos negativos en la persecución que importan los problemas de imputación que suscitan estos delitos y que alcanzan, por ejemplo, a la responsabilidad por un delito de comisión por omisión, a la responsabilidad del representante, a la sanción de la propia empresa, así como la estructuración de delitos de sospecha especialmente estructurados para facilitar el poder de intervención de los órganos penales y enervar la protección del derecho a la presunción de inocencia]; 3º) En la exigencia de destinar a su persecución mayor número de recursos humanos y materiales; y, 4º) En la constatación de que los delincuentes socioeconómicos tienen un elevado grado de cultura y utilizan modos y medios delictivos altamente tecnificados, superiores en muchos casos a los utilizados para su combate por el Estado.<sup>27</sup>

Si bien existen serios déficits en la persecución de la delincuencia socio económica, éstos –en puridad de verdad– se centran en problemas de infraestructura y organización de las instituciones llamadas a su control. La permanente alegación de las dificultades de prueba de estos delitos, empero, no puede magnificarse y, menos, ser encubridora de una decepcionante política criminal en este segmento de la criminalidad.

TERRADILLOS BASOCO, contestando estas objeciones, anota que la especialización de los órganos penales puede ayudar a solventar los arduos y complejos problemas de prueba que a veces se presentan, a la vez que precisa que tal obstáculo no es insalvable puesto que la obtención de pruebas es muy factible en un sector donde por lo general el tráfico mercantil está debidamente documentado.<sup>28</sup> SHÜNEMANN apunta al respecto que “...las constantes dificultades prácticas de prueba se presentan en realidad más bien como un producto de diferentes mecanismos de selección y con ello del ‘*labeling approach*’, que como una irrefutable consecuencia de la naturaleza de las cosas. Como resultado de la organización formal interna de la empresa, con la gran necesidad de información, comunicación y procesamiento de la misma, no existe en realidad un ámbito delictivo que ofrezca *posibilidades tan favorables de esclarecimiento y de prueba* como la criminalidad de empresa”.<sup>29</sup>

Siendo así, es de entender que en la persecución de los delitos socioeconómicos, principalmente aquellos perpetrados en los marcos de la actividad

---

27 MAIER, Julio B.J, Ob. Cit., p. 520.

28 Derecho penal de la empresa, Ed. Trotta, Madrid, 1994, pp. 28/29.

29 Ob. Cit., p. 552.



empresarial, juega un papel primordial la construcción de mecanismos rápidos y efectivos para obtener la correspondiente prueba documental, por lo que en estos casos resulta menester construir mecanismos legales específicos que permitan la inmovilización de documentos y, luego, el secuestro instrumental de los mismos, superándose por completo las dificultades aparentes que se derivan de la configuración mercantil de las empresas y del propio Derecho de sociedades.

d) Al respecto, resulta de suma importancia y utilidad la denominada teoría jurisprudencial “*levantamiento del velo*”, que sirve no sólo para cubrir aspectos no cubiertos de la figura penal del “actuar en lugar de otro”<sup>30</sup> sino para tener presente, como dice CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO, que las formas del Derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal, situación que posibilita a los Tribunales ‘correr el velo’ tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social,<sup>31</sup> lo que ha sido muy útil en el ámbito del delito tributario.

Esta institución, con origen en el recurso al *disregard of legal entity* del Derecho anglosajón (también llamado *veil lifting* o *veil piercing*), permite a los órganos judiciales prescindir de las relaciones jurídicas societarias formales e indagar la realidad personal subyacente y ha sido aplicada en el campo civil, pero también en el tributario, el internacional, el mercantil, el laboral y el penal—específicamente en el delito tributario.<sup>32</sup> Como tal, permite descartar o desestimar la apariencia social fraudulenta y atenerse a la personal (física) subyacente de aquel que elude tributos, en cuya virtud lo que se defrauda son cuotas de personas físicas y no de sociedades, en tanto la creación de la de una sociedad o cualquier acto que repercuta en su continuidad (como fusiones, absorciones, etc.) persiga como objetivo exclusivo el de determinar una elusión fiscal.<sup>33</sup>

---

30 Con reservas: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: El “actuar en lugar de otro en el Código Penal Español”. En: Estudios de Derecho Penal, Ed. Grijley, Lima, 2000, pp. 165/166.

31 Ob. Cit., p. 61.

32 SERRANO GONZALES, José Luis y MERINO JARA, Isacc: “Levantamiento del velo y delito fiscal”. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, Año VI, No 264, Madrid, 10 de octubre de 1996, p. 1.

33 SERRANO GONZALES, José Luis y MERINO JARA, Isacc: El “levantamiento del velo” en el marco de la defraudación tributaria. En: Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, XLIV, No 231/232, p. 680.

Asimismo, desde la perspectiva de la eficacia de la persecución penal, la técnica aludida permite entender claramente las relaciones jurídicas que dan origen a los “grupos de empresas” y, de ese modo, identificar –con lo difícil del tema– a los centros de dirección, tanto para inculpar formalmente a sus directivos centrales –que tienen el dominio de la organización– cuanto para adoptar rápidamente medidas instrumentales restrictivas de derechos que importen limitar el secreto documental y bancario y la reserva tributaria, así como cautelares, al punto de disponer el control judicial de las empresas, es decir, su intervención judicial, en los casos más graves y evidentes.

e) *Perseguibilidad y prejudicialidad*. El Derecho Penal Económico es quizá el sector arquetípico donde se presentan con mayor profundidad varios problemas procesales muy sentidos. Así tenemos: a) las cuestiones prejudiciales devolutivas, que se explican por la utilización tanto de elementos normativos en los tipos penales cuanto de la técnica de la ley penal en blanco; b) el carácter del delito, público o semipúblico; y, c) la introducción de requisitos de perseguibilidad, que da cuenta de la fuerte intervención de la Administración en el control de estos delitos.

f) Luis Rodríguez Ramos ha señalado que la creación de numerosos delitos socioeconómicos son expresión paradigmática de los que se denominan “tipos penales en blanco” o “incompletos”, o desde otra perspectiva, tipos plagados de “elementos jurídico-normativos no penales”, lo que ha determinado una reconversión del Derecho penal en realidad invadida y el surgimiento de los requisitos de procedibilidad y las cuestiones prejudiciales.<sup>34</sup>

Ahora bien, como enseña SENES MOTILLA, la utilización de ambas técnicas sólo tendrá entidad para originar una *cuestión prejudicial* si el hecho –actos o negocios jurídicos– que debe ser objeto de calificación jurídica con arreglo a normas extrapenales puede configurar el objeto autónomo de un proceso, siempre y cuando el mismo sea determinante para la declaración de inocencia o culpabilidad del imputado.<sup>35</sup>

Un caso emblemático, por ejemplo, es el delito de fabricación de productos patentados sin estar autorizado por quien tiene derecho a hacerlo (art. 222°

---

34 Hacia un Derecho penal privado y secundario. Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, Año VI, No 251, Madrid, 20 de julio de 1996, p. 3.

35 Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, p. 22/23.

CP). Si está en cuestión el derecho del titular de la patente, como se trata de un elemento integrante del injusto o antijuridicidad penal, cuya respuesta con arreglo a las normas extrapenales (derecho industrial) puede integrar el objeto de un proceso autónomo y determinará la culpabilidad o inocencia del imputado por el referido delito, deviene procedente una causa prejudicial en tanto la relación jurídica cuestionada requiera un debate en el Orden Jurisdiccional Comercial o, en su caso, en el contencioso-administrativo.

Nuestra legislación reconoce expresamente las causas prejudiciales (devolutivas y suspensivas) y las considera, en todo caso, de carácter relativa.<sup>36</sup> El juez decidirá caso por caso si la prejudicialidad es o no devolutiva; la ley ni siquiera impone obligatoriamente algunos supuestos delictivos. Las no devolutivas, se resuelven por el juez que conoce del proceso principal, es decir, el juez penal (*incidenter tamtun*); las devolutivas las resuelve el juez competente por razón de la materia (*principaliter*).

g) *Especialidad de la pretensión civil*. El objeto civil en el proceso penal –de acumulación obligatoria en nuestro ordenamiento (art. 92° CP)–, está limitado a las acciones de restitución o reparación y de indemnización de los daños y perjuicios, a tenor del art. 93° CP, que debe ejercerla de oficio el Ministerio Público (arts. 1°, 92°.4 y 95°.2 LOMP), sin perjuicio que la inste el actor civil en tanto se constituya en parte.

Lo especial en el presente caso está en función a los alcances o al objeto de la acción restitutoria. MARGARITA ROIG TORRES apunta: 1) que ésta consiste en el restablecimiento de la situación jurídica alterada por el delito, aplicándose en los casos en que la infracción haya comportado la privación de un bien, haya o no habido desplazamiento físico, lo que explica que a la jurisdicción penal le sea dable restituir tanto bienes muebles como inmuebles, si el perjudicado hubiese sido privado de ellos a causa del delito; 2) que cuando lo sustraído es una cantidad de dinero u otro bien fungible no cabe la restitución como acción civil –sólo la indemnizatoria de perjuicios–, dado que estos bienes sólo podrán ser reclamados en tanto se hallen a disposición del infractor, con independencia, de que estén en su poder o en posesión de un tercero al que aquél los hubiere entregado para eludir la reclamación del perjudicado; 3) que la acción restitutoria recae en los delitos de hurto, robo, apropiación ilícita

---

36 DEL VALLE RANDICH, Luis: Derecho Procesal Penal – cuestiones prejudiciales, cuestiones previas, excepciones, Imprenta Liurimsa, Lima, 1966, p.57.

ta, estafa, peculado y delitos concursales (la peculiaridad en este caso es que los bienes se reintegran a la masa).<sup>37</sup>

El *petitum* puede incluir, para posibilitar la restitución en toda su amplitud jurídica, la declaración de nulidad de los contratos y demás actos jurídicos a través de los cuales se hubiere materializado el delito. Ello no es consecuencia de exigir en el proceso penal una responsabilidad distinta de la prescrita en el art. 93° CP, sino que es un presupuesto ineludible en ocasiones para proceder a la restitución del estrado de cosas existente antes del hecho delictivo. La jurisprudencia española, por ejemplo, ya se ha pronunciado en estos términos en los delitos concursales; mientras que la doctrina penalista de ese país reclama similar postura en los delitos societarios e, inclusive, en los delitos contra la fe pública.<sup>38</sup> Es interesante la postura de JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS acerca del delito concursal cuando acota que parece haber acuerdo jurisprudencial sobre la declaración de nulidad de los actos jurídicos eventualmente realizados, dice: “No procede cuando afecta a actos referidos a personas que no son responsables del alzamiento; pero sí cuando fueron el instrumento válido para consumir el fraude y se llevaron a efecto con conocimiento de su finalidad fraudulenta, a condición de que lo solicite la parte interesada”.<sup>39</sup>

El Juez, en todo caso, podrá declarar la nulidad siempre que el Fiscal o el actor civil soliciten expresamente tal pretensión –que es consecuencia del principio dispositivo que inspira el ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal– y que todos los pudieren resultar afectados con la nulidad (la empresa, el adquirente y sucesivos subadquirentes) hayan sido emplazados y tenido la oportunidad de ejercer su defensa.<sup>40</sup>

---

37 La reparación del daño causado por el delito, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 164/176.

38 GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles, Ob. Cit., pp.186/188; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: El delito de falsedad en la información social del art. 290° del Código Penal de 1995 [Empresa y Derecho Penal I, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, p. 138].

39 Curso de Derecho Penal Especial – Parte Especial I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 735/736.

40 GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles, Ob. Cit., p. 193.

## 2. Algunos aspectos de la legislación nacional

h) Corresponde a la ley penal material determinar si el delito se perseguirá de oficio o a instancia de la víctima. Según la técnica utilizada por el Código Penal, la gran mayoría de los delitos económicos son públicos; en tal virtud, según GARBERÍ LLOBREGAT, la iniciación y el desarrollo del proceso penal encaminado a enjuiciar la conducta delictiva del acusado no depende de la voluntad de la víctima, sino de la actuación del Ministerio Público, quien, mientras sostenga la acusación y no concurran ninguna de las causas legales de sobreseimiento o archivo del procedimiento, habrá de obligar al órgano judicial competente a decretar la apertura del juicio oral y, previa la celebración de las sesiones del mismo, a dictar una sentencia sobre el fondo, absolviendo condenando al acusado.<sup>41</sup>

Las excepciones se han venido a construir con la legislación penal especial. Así tenemos que son semipúblicos los siguientes delitos: a) delitos tributarios, art. 7° del Decreto Legislativo No. 813; b) delitos de abuso de poder económico, art. 19° del Decreto Legislativo No 701, modificado por el art. 11° del Decreto Legislativo No. 807; c) delitos de aprovechamiento indebido de reputación y de desprestigio comercial, art. 240° CP, modificado por el Decreto Legislativo No. 823; y, d) delitos de atentados contra el sistema crediticio, arts. 209°/211° CP, modificado por la Ley No. 27145. En estos delitos, como es sabido, el ejercicio de la acción penal queda condicionado a la interposición por delito de la oportuna denuncia.<sup>42</sup>

La necesidad de denuncia previa de la víctima constituye un requisito de procedibilidad, cuyo incumplimiento determina una sentencia de improcedibilidad o de absolución de la instancia. De abrirse instrucción, el imputado está autorizado a deducir cuestión previa, que obviamente se declarará fundada (vid.: art. 4° CPP).

No obstante ello, es de apuntar, con PATRICIA FARALDO CABANA, que "...el instituto de la denuncia previa supone una subordinación del interés público al interés privado, debido bien a la utilidad que supone para el Estado el atender

---

41 Derecho penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios): aspectos procesales. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, Madrid, Año VIII, No. 345, 4 de junio de 1998, p. 1.

42 GIMENO SENDRA, Vicente: La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia a los delitos contra el orden socioeconómico. En: Revista Penal No. 1, Enero 1998, Ed. Praxis, Barcelona, p. 32.

al interés privado, bien a la escasa relevancia del interés público en juego, o, en fin, a estos dos motivos conjuntamente [...] el paso de un régimen de perseguibilidad de oficio a otro a instancia de parte implica necesariamente el reconocimiento del menor relieve social de los delitos sobre los que incide ...”<sup>43</sup> Los requisitos de procedibilidad, por consiguiente, se conciben como recurso técnico para plasmar el *principio político-criminal de irrelevancia*, uno de cuyos ámbitos de actuación es precisamente el de los delitos patrimoniales, en atención a lo cual se concede primacía a la intimidad personal del ofendido (dotando de eficacia a su voluntad), salvo que concurra un específico interés público prevalente; asimismo, la intervención del Derecho penal siempre debe reducirse a supuestos en el que el titular del bien jurídico tutelado no encuentra otros medios de resolución del conflicto ajenos al punitivo.<sup>44</sup>

Llama, pues, la atención que los tres delitos mencionados, infringiendo bienes jurídicos colectivos, ni siquiera intereses patrimoniales individuales, como es el caso de los delitos de apropiación ilícita, estafa o hurto, se vean sometidos a una condición de procedibilidad; contradicción que es palmaria al entender que son tres las funciones que cumple la denuncia previa y que no son de recibo en los tres delitos en cuestión: a) la conveniencia de que el proceso penal sólo se ponga en marcha cuando el ofendido muestra interés en ello, dada la relativa poca importancia del delito; b) la necesidad de que medie el consentimiento del ofendido para proceder en los delitos relacionados con su intimidad personal; y, c) razones de protección a la víctima, cuando el seguimiento del proceso, por su publicidad, puede agravar su condición dada la naturaleza del delito, con lo que se potencian los arreglos extrajudiciales, con la consiguiente descarga de trabajo que ello supone para los Tribunales.

i) *Delitos tributarios*. El art. 7º del Decreto Legislativo No. 813 (Ley Penal Tributaria), estipula que la persecución penal sólo procede a instancia del órgano administrador del tributo, en mérito a lo cual se crea una fase preprocesal-administrativa a cargo de dicho órgano, en la que no interviene el Ministerio Público y en cuyo período final se convoca a la Policía para la elaboración del Atestado. Esta “administrativización” del ejercicio de la acción penal comporta dos características esenciales del delito tributario: (1) la exclusión de la acción penal pública y (2) el establecimiento de una prejudicialidad necesaria.<sup>45</sup>

---

43 Los delitos societarios, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p.299.

44 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Derecho Penal Económico – Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 198.

45 PONT I CLEMENTE, Joan Francesc: La supresión de la prejudicialidad en el proceso penal tributario. En:

Empero, como ya hemos sostenido en un trabajo anterior, contiene cinco riesgos que es del caso ponderarlos debidamente: a) la Administración puede elegir a sus víctimas, de suerte que los criterios de criminalización no se amoldarían a las previsiones del Derecho penal; b) el ejercicio público de la acción propende a que los ciudadanos tengan la convicción desde el comienzo que van a estar a salvo en esta materia de cualquier posible actuación arbitraria o discriminatoria por parte de los órganos de la Administración; c) la índole comunitaria del bien jurídico impide considerar la persecución de este delito a cargo de la Administración; d) la exclusión de la persecución de oficio supone un atentado contra la división de poderes, que consagra el art. 43° in fine de la Constitución, pues ello conduce a un sometimiento intolerable, en materia de tanta trascendencia social, del Poder Judicial al Poder Ejecutivo; y, e) si bien es necesario garantizar un adecuado muy razonable ejercicio de la acción penal, y vista la complejidad del fenómeno tributario, lo único que podría aceptarse es que la Administración determine la existencia de la deuda tributaria y su cuantía, sin que la jurisdicción penal esté vinculada a los efectos de la punición por aquella determinación administrativa.<sup>46</sup>

No obstante ello, es de reconocer una razón básica que explica normas como ésta en algunos sectores del Derecho penal económico [concentrado en nuestro ordenamiento en el delito tributario]: la complejidad y movilidad de las normas extrapenales, administrativas, que la sustentan, a lo que se añade el intrincado de operaciones que en ellos tiene lugar, lo cual parece aconsejable la previa investigación del organismo de supervisión antes de recurrir al ejercicio de la acción, que requiere el concurso de especialistas.<sup>47</sup>

Resulta paradójica al respecto una decisión hartamente discutible del Supremo Tribunal, respecto de la aplicación de dicha ley, en cuya virtud convalida que se comprenda como inculpado a una persona por delito de defraudación tributaria sin la previa intervención y denuncia de la SUNAT, llegando a sostener la ilegitimidad constitucional de todos los delitos semipúblicos y privados en general por la simple referencia al art. 159°, numerales 1 y 5, de la Constitución. Empero, esas normas constitucionales lo único que regulan, de modo general, son las atribuciones o funciones del Ministerio Público; no determinan que todos los delitos deben ser públicos. Ambos dispositivos señalan que corres-

---

46 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, Ed. Grijley, Lima, 1999, pp. 976/977.

47 GÓMEZ INIESTA, Diego José: *La utilización abusiva de información privilegiada en el Mercado de Valores*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p.460.

ponde al Ministerio Público, en el primer caso, promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, y, en el segundo caso, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

Por consiguiente, corresponde a la ley ordinaria, como lo es en todas las legislaciones de nuestro ámbito de cultura, ponderando los intereses en conflicto, la naturaleza del bien jurídico vulnerado y la relevancia del interés individual, decidir si el delito será de persecución pública, privada o semipública; y, sólo en el caso que el legislador ordinario opte por la persecución pública o semipública, la Fiscalía estará obligada a accionar penalmente —siempre, claro está, que se cumplan los requisitos materiales correspondientes—, para lo cual dichas normas constitucionales estatuyen que la misión persecutoria del Ministerio Público puede tener lugar tanto por propia iniciativa cuanto por comunicación o noticia criminal de parte, sin que por lo demás ello obste a la acción popular en los casos de delitos públicos.

Es de insistir que la denuncia y la querrela aparecen como técnicas al servicio del principio de intervención mínima del Derecho Penal y que la propia definición de los alcances de la aplicación del Derecho Penal, del principio de legalidad penal en suma, queda librada a la discrecionalidad del legislador, quien puede definir la persecución como pública, semipública o privada. Las normas constitucionales arriba citadas no obligan a definir todos los delitos como públicos, sólo estatuyen, en los marcos de la ley, el papel del Ministerio Público cuando le corresponde perseguir el delito. Por lo demás, como apunta Fernando IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, la razón de ser de estos delitos en nuestros días obedece a que son una manifestación del principio de oportunidad reglada, cuya existencia no importa discriminación alguna lesiva al principio de igualdad, pues obedecen a una justificación objetiva y razonable radicada en el nivel de afectación y en las características del bien jurídico afectado.<sup>48</sup>

j) *Delitos de abuso de poder económico*. Estos ilícitos, previstos en el art. 232° del Código Penal, según lo dispuesto en el art. 19° del Decreto Legislativo No 701, de 7 de noviembre de 1991, “Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”, modificado por el art. 11° del Decreto Legislativo No. 807, de 18 de abril de 1996, sólo pueden ser denunciados por el Fiscal Provincial a iniciativa de la Comisión de Libre Competencia del INDE-

---

48 Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados, Ed. Dykinson, Madrid, 1993, pp. 93 y 106.



COPI. En consecuencia, luego del procedimiento administrativo sancionador, iniciado por dicha Comisión a petición de parte, se procederá a denunciar los hechos en la medida que se amolden a lo dispuesto en el art. 232° CP. El agraviado no puede denunciar directamente al Fiscal, pues sólo está legitimada la Administración en la medida que se haya seguido un expediente sancionador.

k) *Delitos de aprovechamiento indebido de reputación y de desprestigio industrial o comercial.* Estos delitos, según el art. 240° in fine del Código Penal, eran de persecución privada, lo que implicaba acudir al procedimiento especial previsto en el art. 302° y siguientes del Código de Procedimientos Penales. Empero, la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo No. 823, de 24 de abril de 1996, estableció que la denuncia la realiza el Fiscal y que dicho órgano debe pedir informe previo al INDECOPI. Normas posteriores, en especial el Decreto Legislativo No. 822, determinaron que la víctima debe acudir al Fiscal Supremo en lo Penal denunciando el delito en su agravio y que, además, debe recabarse el informe técnico del INDECOPI. Dicho Decreto Legislativo, por consiguiente, y de modo implícito, califica de semipúblico el delito en cuestión, dado que dispone la intervención del Ministerio Público y, como es obvio, a instancia previa de la víctima; en la acción privada el Ministerio Público, como se sabe, carece de legitimación.

l) *Delitos de "Atentado contra el Sistema Crediticio".* La Octava Disposición Final de la Ley No. 27145, de 24 de junio de 1999, modifica el Capítulo I del Título VI del Libro Segundo del Código Penal y sus arts. 209° al 213°. Configura los delitos que regula como atentados al sistema crediticio, lo que implica instituirlos como delitos que protegen un bien jurídico colectivo: el sistema crediticio, ilícitos que sólo pueden perpetrarse en los marcos de un procedimiento de insolvencia, simplificado o concurso preventivo.

No obstante la afectación colectiva del ilícito en cuestión, el nuevo art. 213° CP prescribe lo siguiente: *En los delitos previstos en este Capítulo sólo se procederá por **acción privada** ante el Ministerio Público. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada y en todo caso podrá intervenir como **parte interesada** en el proceso penal que se instaure.*

m) *Dos problemas interpretativos trae este dispositivo.* Están referidos tanto al ejercicio de la acción penal, cuanto a lo que debe entenderse por "parte interesada" respecto al INDECOPI.

En *primer término*, la utilización de la expresión "acción privada", para referirse a la persecución penal, llama a confusión, puesto que el Código Penal

cuando acude a ella remite el delito al procedimiento por acción privada (arts. 124°, I Párrafo, 138° y 158°), mal llamado “querrela” en nuestro medio (arts. 2°, 74° y 302° CPP). Como ya se dijo para el caso de los delitos previstos en el art. 240° CP, el hecho de haber otorgado legitimación al Ministerio Público estableciendo que es al Fiscal a quien el agraviado de modo exclusivo debe comunicar la noticia criminal, no hace sino configurar el ilícito penal como semipúblico. Su carácter de semipúblico explica dos circunstancias esenciales: 1. Que una vez que la víctima comunica el delito al Fiscal (si fuera un delito privado la denuncia o, mejor dicho querrela, se interpondría directamente ante el Juez Penal), éste adquiere legitimación para intervenir en todo el curso del procedimiento, el que se tramitará conforme a las pautas ordinarias o especiales previstas por la ley para un delito público; y, 2. Que la acción penal no se extingue por desistimiento o transacción (art. 78°.3 CP), lo que sería aceptable si es que la ley los hubiera configurado como delitos privados. Es de recordar, al respecto, que el Código Penal no contempló los delitos semipúblicos y que, en rigor, fue la legislación especial dictada con posterioridad la que los reincorporó a nuestro ordenamiento punitivo.

La norma estudiada, siguiendo algunas pautas del derecho comparado [v. gr.: art. 296°.2 del CP Español], autoriza al INDECOPI a denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada por la víctima. Esta disposición no hace sino reconocer que los atentados contra el sistema crediticio afectan intereses colectivos o a una pluralidad de personas, de ahí que la Administración puede acudir directamente al Fiscal Provincial denunciando el delito si no lo hace él o los agraviados. La Ley no fija, sin embargo, parámetros precisos que orienten la intervención del INDECOPI: no detalla, por ejemplo, que el ilícito debe afectar a una pluralidad de personas, que debe tomarse en consideración el nivel de afectación del sistema financiero o tributario, el monto de las deudas burladas, las características del sector económico perjudicado, etc. Esta ausencia de baremos precisos puede conllevar a atentados al principio de igualdad y a una actuación discrecional que no es la adecuada tratándose de la aplicación del Derecho penal y, mucho menos, si se concede a un órgano de la Administración y no al Ministerio Público, el cual está obligado a orientarse en lo dispuesto en el art. 2° del Código Procesal Penal.

n) En *segundo término*, el citado art. 213° CP autoriza al INDECOPI a decidir, denuncie o no el agraviado, a constituirse en “*parte interesada* en el proceso penal que se instaure”. Ello significa, de un lado, que el INDECOPI debe ser notificado de la instauración de un proceso penal por delito de Atentado contra el sistema crediticio, a fin de que decida si interviene en él como ***parte interesada***; la decisión es discrecional y, por tanto, no es controlable judicialmente. De igual modo, si INDECOPI es el denunciante, en su denuncia deberá indicar

si se va a constituir en parte necesaria o no, pues muy bien puede decidir sólo denunciar y abstenerse de tener una participación activa en el procedimiento penal. El órgano judicial debe entender, en defecto de una precisión del INDECOPI, que ha decidido abstenerse de ser parte interesada, desde que se trata de una carga procesal que debe cumplir y cuya inactividad, desde luego, la perjudica, sin que ello afecte la validez del procedimiento.

Por otro lado, el que INDECOPI sea *parte interesada* tiene varios efectos procesales: 1. Que la constitución de la víctima en parte civil no excluye al INDECOPI del procedimiento penal, en tanto que por ley dicha institución tutela el interés general expresado en una infracción contra el sistema crediticio. 2. Que aun cuando el INDECOPI actúe en defecto de la víctima, más allá del encargo legal que se le ha asignado, su actuación procesal se circunscribe al delito perpetrado y al ámbito de agraviados lesionados por la conducta del imputado; por consiguiente, no puede exceder a la concedida a la parte civil ni equipararse a los poderes del Ministerio Público, por lo que al ser constituida como parte interesada su legitimación no tiene más alcance que los concedidos en los arts. 57°, 58° y 276° del Código de Procedimientos Penales. 3. Que en tanto que el INDECOPI no es agraviado por el delito perpetrado, desde que el sujeto pasivo siempre es el acreedor defraudado, es claro que la reparación civil no puede ser destinada a dicha institución. 4. Que como el delito es semipúblico, el INDECOPI no tiene la calidad de acusador privado –encargado ante la ausencia del Ministerio Público de perseguir la sanción y la reparación civil–, tampoco tiene la calidad de acusador popular, interesado en la sanción penal, toda vez que nuestra legislación procesal penal no ha incorporado esa figura procesal. 5. Que, en tanto el INDECOPI no es parte principal, pues puede existir o no en el proceso por atentado contra el sistema crediticio, su presencia de decidirse a participar en el procedimiento no determina la paralización del procedimiento si no absuelve un traslado o si no asiste al Juicio Oral; basta que se le notifiquen de las diligencias procesales correspondientes y que se le corran los traslados que fueran pertinentes: no cabe declaraciones de ausencia o de rebeldía.

o) Nuestro ordenamiento procesal penal no tiene reconocida la figura de la “*parte interesada*”, lo que dificulta grandemente su cabal comprensión e interpretación. Como se sabe, desde un punto de vista formal, son partes “...aque- llos sujetos que van a provocar el inicio de la actividad procesal por parte de los órganos jurisdiccionales, asumiendo lo derechos, cargas y obligaciones que deriven de la tramitación del proceso”.<sup>49</sup> El INDECOPI, sin duda alguna, no

---

49 GIMÉNEZ BLANCO, Itziar: Pluralidad de partes en el proceso penal, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, p. 6.

es parte penal, pues no está vinculado al objeto penal desde que es el Ministerio Público el único órgano público constitucionalmente legitimado para hacerlo; consecuentemente, está vinculado al objeto civil [conexión heterogénea], pero aun cuando es parte civil en el proceso penal no es parte material dado que no es el sujeto pasivo del delito en cuyo favor se fija la reparación civil. En este supuesto tiene la misma consideración que el denominado “actor social”, reconocido en el art. 103° del Código Procesal Penal de 1991: es parte acusadora formal, vinculada exclusivamente al objeto civil del proceso penal, aunque limitada a la aceptación de la víctima. Por imperio de la Ley el INDECOPI es parte y, como tal, tiene capacidad para ser parte y capacidad de actuación procesal dentro de los marcos procesales generales, por lo que puede denunciar, constituirse en “*parte interesada*” e intervenir ampliamente en el procedimiento penal, teniendo en cuenta los límites ya anotados.

La *legitimación*, como sabemos, es una institución sólo predicable desde el derecho material. Exige, al decir de VÍCTOR MORENO CATENA, coincidencia de la parte tanto en lo concerniente a la relación jurídica material cuanto en lo relativo a la actuación procesal propiamente dicha.<sup>50</sup> En el proceso penal, el caso típico de legitimación ordinaria es la del actor civil, quien pide una indemnización en tanto sujeto pasivo del delito. Sin embargo, al no ostentar tal legitimación el INDECOPI, puesto que no es, en palabras de JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO, el titular del derecho reclamado,<sup>51</sup> ésta le viene atribuida por la ley, pues de otro modo no sería viable la condena reclamada. En el caso del INDECOPI se trata de una legitimación extraordinaria derivada de un interés general, por la naturaleza del delito y las funciones asignadas al INDECOPI, aunque circunscrita a la concreta persecución de un delito en agravio de personas determinadas.

p) Finalmente, una gran cantidad de delitos socioeconómicos están sujetos a expresos requisitos de perseguibilidad, sobre la base de la intervención de la Administración. En estos supuestos, la jurisdicción no puede actuar sin un informe técnico expedido por la autoridad administrativa especializada. Ella, preliminarmente, debe ser convocada por la autoridad penal para que ilustre a la jurisdicción penal acerca de los alcances técnicos y jurídico-normativos del hecho objeto de denuncia o investigación preliminar. Es un informe o pronunciamiento, en palabras de EB. SCHMIDT, sobre el objeto del proceso.<sup>52</sup>

---

50 Derecho procesal civil, Ed. Colex, Madrid, 1996, p. 103.

51 Derecho procesal civil, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 60.

52 Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 103/104.

Los casos son los siguientes:

- Delitos ecológicos (Ley No. 26631, de 26 de junio de 1996), correspondiendo pronunciarse a la autoridad ambiental competente, tales como el Ministerio de Agricultura, de Energía y Minas, de Industria, etc.
- Delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero en el ejercicio de su cargo (4ta. Disposición Final de la Ley No. 26702, de 9 de diciembre de 1996), correspondiendo pronunciarse a la Superintendencia de Banca y Seguros.
- Delitos contra los derechos de autor y derechos conexos (1ra. Disposición Final del Decreto Legislativo No. 822, de 24 de abril de 1996).
- Delitos de violación de secreto profesional, apropiación ilícita, sustracción de bien propio, información falsa sobre la calidad de productos y venta de bienes o prestación de servicios diferentes a los anunciados, relacionados con la Ley No. 26122, Ley sobre Represión de Competencia Desleal (art. 32° de dicha Ley, modificado por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo No. 823, de 24 de abril de 1996).
- Delitos contra la propiedad industrial y aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial relacionados con la Ley de Propiedad Industrial (Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo No. 823, de 24 de abril de 1996).
- Delitos de atentado al sistema crediticio (Ley No. 27145, de 24 de junio de 1999). En los cuatro rubros delictivos anteriores corresponde pronunciarse al INDECOPI.

La característica es que el Informe Técnico no vincula a la jurisdicción penal. Es un pronunciamiento sobre el objeto de la imputación que ilustra sobre la legislación extra-penal vinculada al delito denunciado y sobre la relevancia jurídico-administrativa de los hechos en cuestión. En tal virtud, el órgano jurisdiccional si bien está obligado a contar con él para decidir, puede desestimarlo o no darle mérito alguno, a favor o en contra del imputado. Es claro que otorgar a la Administración un poder de definición sobre la imputación delictiva, significaría vulnerar el principio de exclusividad jurisdiccional y entregar a la Administración la persecución de los delitos.

## IV. Alcances del tratamiento procesal del delito socioeconómico

a) El derecho comparado y los estudios procesales sobre la materia van en tres direcciones, a fin de evitar el fracaso que traería consigo una reforma penal en relación con la criminalidad económica sin una reforma procesal paralela.<sup>53</sup>

La *primera* reforma tiene que ver con el Derecho Orgánico en general: organización del Ministerio Público y de su ayudante: la Policía Judicial, así como del órgano jurisdiccional. La *segunda* reforma, debe estar referida a la estructura del proceso penal modelo o común para los delitos socioeconómicos. La *tercera* reforma requiere la configuración de especialidades procedimentales y, en su caso, de procedimientos especiales diseñados al respecto.

### 1. Organización de los órganos penales

b) Los modelos europeos, de tradición continental romano germánica, parten de reconocer la necesidad imperiosa de configurar fiscalías y órganos jurisdiccionales penales especializados. Los ejemplos francés y alemán son emblemáticos al respecto. La especialización, imprescindible hoy en día, guarda relación con las materias que toca el delito socioeconómico y con lo complejo de su expresión material concreta.

Más allá de que el Derecho penal material ha considerado tanto “adelantar la punición”, creando delitos de peligro y culposos en ese ámbito, cuanto, esencialmente, configurar “tipos de presunción”, a fin de facilitar las pruebas para la imposición de la sanción en orden a que la base del material probatorio está constituida de modo general por indicios, obligando de este modo, conforme explica ABANTO VÁSQUEZ desde la experiencia germana, a estructurar *criterios de captura* que empero sólo constituyen reglas materiales de pruebas;<sup>54</sup> es de tener presente que los órganos constitucionalmente encargados de la persecución y represión del delito deben adecuarse a tan singular expresión delictiva.

Esta especialización, enseña TIEDEMANN, pasa por dos ejes estructuradores muy consistentes:

---

53 PÉREZ DEL VALLE, Carlos: Ob. Cit., p. 35.

54 Ob. Cit., p. 175.

- Crear Fiscalías Penales Económicas, así como Juzgados y Salas Penales Económicas, adscribiéndoles con criterio objetivo-material los delitos que deban conocer. Al respecto es ilustrativo lo establecido en el art. 74°-C de la Ley Orgánica de los Tribunales de Alemania, que fija el conocimiento de seis supuestos delictivos para la Sala de Derecho Penal Económico.
- Instituir un cuerpo especializado de funcionarios-técnicos, expertos en ciencias contables, económicas, financieras y empresariales, así como tributarias, adscritos a estos órganos, que realizarán, en líneas paralelas, funciones tanto periciales cuanto de asesoramiento directo (en la RFA se les denomina *Relatores Económicos*), sin perjuicio de capacitar ordenada y sistemáticamente en estas disciplinas, tanto jurídicas cuanto vinculadas al quehacer económico, a los magistrados y auxiliares de justicia.

c) La institucionalización, en nuestro país, de Fiscalías Especializadas en lo Penal Económico pasa inevitablemente por una redefinición del apoyo policial –de la relación Ministerio Público / Policía Nacional– y, obviamente, con una dependencia de la actuación funcional de la administración con respecto a la intervención de la Fiscalía en la determinación de los hechos punibles económicos, lo que significa que si durante un procedimiento administrativo sancionador o en el curso de un expediente abierto por la Administración se advierte la posible comisión de un delito, inmediatamente debe comunicarse el hecho a la Fiscalía para que ésta sea quien decida la continuación de las actuaciones administrativas o su intervención con exclusividad a efectos de promover la acción penal.

Es de tener presente, en lo atinente a la relación del Ministerio Público con la Policía Nacional, lo dispuesto en el segundo acápite del art. 159°.4 de la Constitución. Dicha norma atribuye al Fiscal la dirección jurídico-funcional de la Policía, cuyas órdenes en lo estrictamente instruccional (averiguación de delitos y delincuentes) debe obedecer. Ello significa que la Fiscalía tiene una doble función en sede preliminar: control e impulso de la actividad de la Policía Judicial, al punto que, como sentencian FRANCESCO CASCINI y GIUSEPPE CASCINI, debe permitir que la Policía Judicial se sustraiga en buena medida al poder de control de los superiores en el orden jerárquico de la organización policial y, en último término, del ejecutivo.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Nacimiento, pasión y muerte del Código de Procedimiento Penal de Italia de 1989. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, No. 2, Lima, 1997, p. 299.

De igual manera, es de resaltar, en lo concerniente a las relaciones del Ministerio Público con la Administración, lo estatuido en el primer acápite del citado art. 159°.4 Constitucional, pues la Fiscalía conduce “...desde su inicio la investigación del delito”, de suerte que tiene la exclusividad de la instrucción y, por ende, advertida la comisión de un delito, la Fiscalía tiene –apartando a cualquier órgano del Estado– la misión de iniciar actuaciones de investigación, sin que a ello obste la cooperación –auxiliar por cierto– de la Policía y de los demás órganos especializados de la Administración.

d) Lo expuesto implica la creación o reestructuración de los cuerpos policiales especializados en delitos socioeconómicos, de modo que dependan efectivamente, desde el punto de vista funcional, no orgánico, del Ministerio Público, de una Fiscalía Especial en lo Penal Económico. De igual manera, tal modelo organizacional exige además un sistema de coordinación muy estrecho e, inclusive, de adscripción de fiscales a los órganos administrativos vinculados al control de las infracciones económicas, tales como la SUNAT, Aduanas, Superintendencia de Banca y Seguros, CONASEV, Banco Central de Reserva, Contraloría General de la República, Consejo Nacional del Ambiente, INDECOPI, etc.

Por otro lado, resultaría muy conveniente, según postula JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, la debida especialización del Ministerio Público creando secciones especiales al efecto.<sup>56</sup> Desde nuestra perspectiva, a semejanza de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, creada en España por la Ley 10/1995, de 24 de abril, es del caso que en nuestro país se instituya una Fiscalía Nacional encargada de los delitos socioeconómicos de especial trascendencia, estrechamente vinculada al Fiscal de la Nación aunque con autonomía funcional, a la que, en primer lugar, se le debe adscribir una Unidad Especial de Policía Judicial y, en segundo lugar, dotar de cuantos profesionales y expertos (relatores económicos) sean necesarios para auxiliarla de manera permanente u ocasional. Esta Fiscalía debe tener un ámbito nacional, con Fiscales de otras Fiscalías que sean especialmente destacados a ella y, de ser el caso, con permanencia en sus Fiscalías de origen. Esta Fiscalía Nacional también debe decidir, con el concurso del Fiscal de la Nación si fuera el caso, en función a la entidad de los hechos, si debe intervenir o no en su investigación y enjuiciamiento.

---

56 La Audiencia Nacional y el enjuiciamiento de los delitos económicos. En: Estudios de Derecho penal económico, Ed. Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994, p. 213.



De igual manera, el Poder Judicial debe configurar un circuito especial de Salas y Juzgados Penales Económicos, bajo criterios competenciales que descansen en la gravedad de determinados ilícitos, y adscribiéndoles, al igual que a la Fiscalía Especial, un cuerpo de profesionales que le sirvan de asesores económicos y peritos de ser el caso.

La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial por Resolución Administrativa No. 339-97-CME-PJ, de 18 de marzo de 1997, ampliadas por Resolución Administrativa No. 744-CME-PJ, de 23 de setiembre de 1998, y No. 1148-CME-PJ, de 3 de junio de 2000, creó una sub-especialidad dentro del Orden Jurisdiccional Penal radicada, primero, en los delitos tributarios y aduaneros; luego, en los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, falsedades documentales, contra la función jurisdiccional, etc.; y, finalmente, en los delitos asociados a la corrupción. De este modo, aunque con el arribo de la democracia se derogaron mediante Resolución N° 11-2000-CT-PJ, de 20 de diciembre de 2000, en esa ocasión se configuró al efecto un circuito propio dominado inicialmente por la idea de centralización en Lima de todos los delitos enunciados, pero sin advertir su entidad, trascendencia o dañosidad social y sin reparar en que la lista de ilícitos no necesariamente cubrían la materia socioeconómica. Esta sub-especialidad no importó siquiera adscribir expertos en las materias involucradas, a modo de relatores económicos, ni desarrolló un sistema de capacitación permanente de magistrados y auxiliares de justicia, amén de que sus miembros no tenían vocación de permanencia o, siquiera, de relativa estabilidad en los cargos.

Por tanto, se hizo todo aquello que no se debió hacer, dejando pasar otra oportunidad para organizar en serio el sistema de justicia penal en el ámbito socioeconómico, que requiere, es de insistir, **(1)** una competencia objetiva en función a los delitos socioeconómicos de *singular trascendencia y complejidad*; y, **(2)** una garantía de especialización de los jueces y fiscales, que incluya una formación específica de los mismos, y del personal que presta servicio en dichas dependencias, adscribiéndoles peritos y unidades de Policía Judicial especializada en el ámbito socioeconómico.<sup>57</sup>

## 2. Estructura general del proceso penal económico

e) El proceso penal, en especial el económico, debe tener una base definidamente acusatoria e informada por el contradictorio. Por consiguiente, debe

---

57 PÉREZ DEL VALLE, Carlos: Ob. Cit., p. 36.

reconocerse una fase de instrucción preparatoria a cargo del fiscal, la misma que tiene que ser desformalizada y limitada a acopiar elementos de convicción para decidir si se abre o no el procedimiento principal o juicio oral. De igual manera, resulta de primera importancia en este nivel mantener una adecuada relación con la administración y un enfoque novedoso de la participación del ofendido y de las organizaciones sociales.

f) La inercia del procedimiento penal actual, caracterizado por el gran aumento de las causas, por la prolongación exagerada de su duración y por la conveniencia de la etapa de instrucción en la dueña del resulta del proceso, relegando a un plano formal el enjuiciamiento, ha dado lugar a que los procesos complejos por delitos socioeconómicos no sean moneda corriente en el sistema de justicia penal nacional. Por consiguiente, es opinión mayoritaria que en ese ámbito se deben realizar los mayores esfuerzos de reforma.

Si de facto el centro del proceso es, lamentablemente, la instrucción, por propia definición reservada, escrita y de contradicción limitada, ello ha impedido el mayor dinamismo del proceso e institucionalizado, como destacó ALBERTO BINDER, una mentalidad formalista y burocrática, entonces, la idea central de la reforma debe consistir, de un lado, en entregar la preparación del caso penal, la investigación, al Ministerio Público, según está dispuesto en la Constitución vigente; y, de otro lado, en concebirla como una etapa desformalizada, destinada a la realización de los actos mínimos e indispensables para decidir si un caso debe o no ser llevado a juicio, esto es, para dar sustento a la actividad requirente del Fiscal que debe realizar frente al Juez o Tribunal, con un sistema flexible de organización fiscal, que puede incluir el trabajo de equipos de fiscales en casos concretos, y con el necesario control judicial para cuidar de las medidas limitativas de derechos y garantizar que el Fiscal no viole derechos del investigado.

Tal concepción, sin duda alguna, como postula MAIER, superaría la fatal rigidez del *sistema judicialista de instrucción*, que no toma en cuenta las diversas posibilidades de inversión de recursos humanos y materiales que demanda, por oposición, la dilucidación tanto de un caso complejo e importante cuanto uno sencillo e insignificante.<sup>58</sup> Esto último constituye el ejemplo más evidente de la desigualdad de medios entre la persecución penal y la defensa.

---

58 Ob. Cit., p. 524.

En tanto la criminalidad es un fenómeno muy variable es obvio que no pueden asimilarse los esfuerzos para prevenirla y reprimirla. Esta realidad exige, sin perjuicio de reconocer un gran campo de autonomía a cada fiscal, como plantea DANIEL GONZALES ÁLVAREZ, que la máxima instancia de la institución fiscal planifique las formas de operar, las posiciones a asumir, las estrategias, las alianzas y los acuerdos que puede adoptar el fiscal durante el curso de la investigación y durante el desarrollo de todo el proceso penal.<sup>59</sup>

g) Un tal modelo, necesariamente, importa dos grandes perspectivas. En primer lugar, un sistema de investigación entregado al Ministerio Público y a la Policía Judicial, *sin mayores de ribetes de formalización sacramental*, que la organizará según la característica del delito y la complejidad de las actuaciones que demanda su esclarecimiento inmediato. La informaciones policiales deben contener datos básicos y las actas de las diligencias irreproducibles, descartándose de ese modo la figura del “Atestado Policial”, que en la práctica expresa la posición “autonomista” de las averiguaciones policiales y la continua presión de las Fuerzas Policiales para que, sin más, se consideren elementos de prueba. Los testimonios de los testigos deben recogerse sucintamente sin levantar actas sino *hojas-resumen*, al igual que la información adicional de los peritos si fuera el caso. Como se puede ver, este modelo no configura un simple traslado de funciones del Juez Instructor al Fiscal Investigador, tampoco instituye –como es ahora en la mayoría de los casos– una actividad rutinaria o una simple acumulación de actas o diligencias.

Desde el punto de vista organizacional, este modelo exige la desburocratización del Ministerio Público, sobre todo en el sistema de reparto de causas, la posibilidad de constituir equipos de Fiscales y, de ser el caso, la creación de secciones especiales según las especificidades de concretos rubros delictivos. El Fiscal, como resalta GONZALES ÁLVAREZ, debe dejar el escritorio y las actas, en suma, los expedientes, para colocarse al frente de la investigación, siendo este el único modo para contribuir efectivamente a mejorar la investigación desde todo punto de vista.<sup>60</sup>

h) En segundo lugar, dar paso a una etapa intermedia dominada por los principios de oralidad y contradicción, a cuyo efecto debe instituirse un sistema

---

59 La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense. En: Revista Pena y Estado – Ministerio Público, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 86.

60 Ob. Cit., p. 87.

de *Audiencias Preliminares*, siguiendo el modelo italiano, destinada a decidir con vista, de un lado, tanto de las actuaciones realizadas por la Fiscalía, es decir, a su *legajo de investigación* como la denomina el Código de Costa Rica, cuanto al expediente judicial formado por un Juez para las indagaciones preliminares o de garantías, consistente en las diligencias jurisdiccionales referidas a las medidas limitativas de derechos que ha podido llevar a cabo y a las pruebas de urgencia (*Incidentes probatorios* en la nomenclatura del Código Italiano) que habrían podido solicitarse en el curso de la investigación; y, de otro lado, a la exposición de la defensa, que puede incluir –a su solicitud– el interrogatorio del imputado. El Juez de dicha etapa decidirá, cumpliendo los principios de inmediación y contradicción efectiva, si corresponde sobreeser la causa, dictar el auto de enjuiciamiento o amparar algún cuestionamiento referido a la correcta constitución de la relación jurídico procesal.

### 3. Papel de la Administración en la persecución penal

i) Un tema vinculado a la propia estructura del proceso penal, es el referido al papel que debe jugar la Administración en el control de los delitos socio económicos. Hoy en día se acepta la intervención previa de la Administración en estos delitos, pues se considera que, amén de los principios propios del Derecho penal material, los órganos administrativos, dada su especialización y mayor disponibilidad de recursos, están en mejores condiciones de descubrir los hechos sospechosos de constituir infracciones a la legislación económica. Está claro, sin embargo, que cuando –como anota DIEGO GÓMEZ INIESTA– la regulación administrativa y la intervención de la Administración demuestren su insuficiencia para alcanzar los fines y garantizar la seguridad jurídica y económica, el proceso económico puede verse afectado gravemente, en cuyo caso el carácter fragmentario del Derecho penal ya no puede ser reclamado para eludir el recurso a las normas penales.<sup>61</sup>

En suma, el Derecho penal económico presupone la existencia de un ordenamiento administrativo de control eficiente a cargo de instituciones públicas especializadas y con gran poder de intervención. Enseña BUSTOS RAMÍREZ que el establecimiento de delitos económicos sin la existencia anterior de organismos de control y de las infracciones administrativas correspondientes,

---

61 La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 266.

resulta un recurso puramente demagógico y contrario a los principios del Derecho penal moderno.<sup>62</sup>

La recomendable intervención de la Administración, empero no obsta a que el Fiscal esté ausente del conocimiento del procedimiento administrativo y que, en su momento, esté autorizado a reclamar la investigación del mismo, sobre la base de la inevitable superioridad de la intervención de la jurisdicción penal y de la preeminencia de la pena sobre toda sanción administrativa, lo que es consecuencia del principio constitucional del *ne bis in idem*.<sup>63</sup>

j) Es obvio que la Administración no puede investigar delitos (art. 159°.4 Const.) y que la sospecha de su comisión obliga a la inmediata intervención directiva del Ministerio Público. Por consiguiente, dos técnicas deben ser de obligatoria utilización en este ámbito.

- Basta la simple sospecha de la Administración acerca de la posible comisión de un delito, para que comunique el hecho a la Fiscalía y se sujete a sus directivas. En tal virtud, no cabe aceptar las denominadas “prejudicialidades administrativas”, ni necesariamente se debe esperar a que la Administración culmine el procedimiento que inició para la promoción de la acción penal. En estos casos, la Administración debe paralizar sus actuaciones a la espera de la decisión jurisdiccional y, en todo caso, someterse a los hechos declarados probados por la jurisdicción penal. La acción penal, como apunta VALERIANO HERNÁNDEZ MARTÍN, no puede estar subordinada al cumplimiento de determinados trámites administrativos, ni a su corrección; la justicia debe seguir en todo caso el correspondiente proceso, siempre que se cumplan los requisitos penales, porque el derecho fundamental a la tutela efectiva del perjudicado y la defensa del bien jurídico protegido por el delito son independientes y superiores a los aspectos burocráticos, ordinaria pero no necesariamente previos a la incoación de la causa.<sup>64</sup>
- A la inexistencia de “prejudicialidad administrativa” como regla básica de la intervención especializada de los órganos técnicos de la Administración, debe seguir ineludiblemente la necesaria consulta al Ministerio Pú-

---

62 Ob. Cit., p. 223.

63 LÓPEZ, María Teresa: Aspectos procesales del delito contra la Hacienda Pública, En: Estudios de Derecho Penal Económico, Ob. Cit., p. 226.

64 Problemas procesales del delito contra la Hacienda Pública. En: Revista Crónica Tributaria, No 60, Madrid, 1989, p. 97.

blico para que decida si excluye a la Administración y si inicia ella misma la correspondiente investigación preliminar, lo que por lo demás es consecuencia de la norma constitucional que impone al Ministerio Público la investigación del delito **desde su inicio** (art. 159°.4 Const.).

- Esta posición jurídica obliga a rechazar por ilegítimo el actual modelo de investigación del delito tributario, que no respeta esta división de funciones y criterio de atribuciones, al ocupar el órgano administrador del tributo la posición del fiscal y configurar un sistema autónomo de investigación penal. Al respecto, como ya adelantáramos en otro trabajo, creemos que debe asumir el modelo germano en la persecución penal del delito tributario, que limita a la Administración la determinación del agravio al fisco y autoriza al Ministerio Público a asumir las investigaciones, cuando lo considere conveniente.

#### 4. Especialidades procedimentales

##### ***Discrecionalidad del Ministerio Público y simplificación del juicio***

k) El proceso por delitos socioeconómicos, por su especial naturaleza, obliga a la instauración de determinadas especialidades procedimentales, algunas ya estudiadas como son las derivadas de las relaciones con la Administración, otras vinculadas a su complejidad en un caso y a su especificidad en otro.

En el primer caso, donde el tema de la complejidad procesal es determinante, siguiendo a TIEDEMANN, obliga a otorgar al Ministerio Público expresas potestades discrecionales. En *primer lugar*, la limitación del inmenso material fáctico a través de la concentración en una parte de los hechos (restricción del principio de legalidad); en *segundo lugar*, la prolongación de los plazos para las diligencias preliminares, para la suspensión del juicio oral y para la prescripción de la acción penal; y, en *tercer lugar*, restricción del principio de inmediación en el juicio oral para la prueba documental, que ya no debe requerir una lectura completa.<sup>65</sup>

l) En la lógica de otorgar al Fiscal mayores potestades discrecionales, en los procesos penales socioeconómicos se considera necesario, de un lado, maximizar las posibilidades del principio de oportunidad –bajo el necesario

---

65 Lecciones de Derecho Penal Económico, Ed. PPU, Barcelona, 1993, p. 29.

control judicial— y, de otro lado, potenciar —en la perspectiva consensual— la conformidad.

La expansión del principio de oportunidad, recogido en el art. 2º del Código Procesal Penal, está en función al interés primordial que guía la criminalización primaria en estos delitos: el cese de la actividad dañosa socialmente y la inmediata reparación de sus efectos perjudiciales.<sup>66</sup> Claro está, tal posibilidad será viable en la medida en que la conducta no sea especialmente grave, *mínima non curat praetor* (posibilidad de aplicación de criterios de falta de merecimiento de pena) y siempre que la reparación sea posible y fácilmente controlable por el Ministerio Público y la Administración. Cabe señalar, conforme recuerda JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, siguiendo a VIVES ANTÓN, que el principio de oportunidad es un aspecto del principio constitucional de proporcionalidad o prohibición de exceso, y que, en todo caso, de la mano con HASSEMER, es conveniente tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como política y económicamente sea necesario.<sup>67</sup>

Una oportunidad expresamente condicionada es, por consiguiente, absolutamente necesaria. Las condiciones de su utilización pueden abarcar varias perspectivas, en las que, postula GARBERÍ LLOBREGAT, sobresaldría la de absoluta reparación del perjuicio causado, incluso porcentualmente incrementada en concepto de demora en el cumplimiento de obligaciones cívicas, teniendo siempre presente al menos tres datos: 1) la actual sobrecarga de la Administración de justicia penal, 2) la no muy decisiva repercusión social de la conducta penalmente antijurídica cometida y 3) el más eficaz funcionamiento de la administración económica del Estado.<sup>68</sup>

Cabe agregar que el delincuente económico, por los recursos que posee, facilitará la indemnización a las víctimas; que los efectos sociales del hecho pueden valorarse y ubicarse en una dimensión razonablemente correcta en función a la posición del autor y las víctimas que ha producido; y que gran parte de los delitos socioeconómicos, sean los previstos en el Título X del Código Penal como los incorporados en otros Títulos, tienen mínimos penales que no sobrepasan los dos años de privación de libertad.

Independientemente de la oportunidad, y desde el propio Derecho penal material, se considera la existencia de “causas de levantamiento de pena”, vincula-

---

66 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Ob. Cit., p. 223.

67 Instituciones de Derecho procesal Penal, Ed. Akal/lure, Madrid, 1999, p. 433/437.

68 Ob. Cit., p. 214.

da a la vertiente negativa de la categoría *punibilidad* entendida en un sentido amplio.<sup>69</sup> El comportamiento post delictivo positivo de signo reparador puede tener (1) efectos liberatorios de la sanción como penal, como es el caso de la regularización de la situación tributaria, introducida por la Ley N° 27038, de 31 de diciembre de 1998,<sup>70</sup> y la colaboración eficaz en delitos tales como los tributarios, los asociados a la corrupción y delincuencia organizada; y, (2) efectos de atenuación genérica, como es el caso de la confesión sincera antes de haber sido descubierto el delito (art. 46°.10 CP) y en el curso del proceso penal (art. 136° CPP)<sup>71</sup> y de la reparación espontánea del daño (art. 46°.9 CP).

Desde la lógica del consenso, en aras de evitar el juicio oral y sobre la base de premios, resulta indispensable potenciar el instituto hispano de la conformidad, en cuya virtud el imputado acepta los cargos y la sanción propuesta por el Fiscal, la cual debe merecer una disminución razonable, objetivamente considerada, de las razones pedidas por el Ministerio Público. Sobre esa misma base, para evitar la propia instrucción y dar paso a acuerdos explícitos entre la acusación y la defensa, es del caso ampliar el ámbito material del procedimiento de terminación anticipada, creado bajo el modelo italiano de inspiración sajona.

### ***Pericia Institucional y Económica***

m) Desde el ángulo de la especificidad de los delitos socioeconómicos, la *prueba pericial* ocupa un lugar relevante. La estrecha relación del Derecho penal económico con el derecho económico, el derecho mercantil, el derecho financiero y el derecho administrativo, obliga a reformular la labor pericial. Desde esta perspectiva dos son las técnicas recomendadas: 1) que pericia sea institucional y 2) que ésta sea de carácter económica.

---

69 FARALDO CABANA, Patricia: Las causas de levantamiento de la pena, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 177/178.

70 ROXÍN considera tal regularización como un desistimiento liberador de pena de los injustos ya consumados, sustentada en razones de falta de necesidad de pena. Vid.: QUERALT, Joan J.: El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las haciendas públicas y la seguridad social. En: Empresa y Derecho Penal II, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, p. 240.

71 Ver, sobre el particular, el interesante estudio de PRADO SALDARRIAGA, Víctor: La determinación judicial de la pena. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, No 1, Ed. Grijley, Lima, 2000, pp. 561/567.



La *pericia institucional* significa que la labor pericial debe ser confiada a la función pública. Éstas deben ser producidas, en principio, por organismos oficiales con un alto grado de especialización e importantes recursos técnicos, que alejen el riesgo de recusaciones y garanticen informes y conclusiones rigurosas y objetivas en función a la especial naturaleza de los conocimientos científicos de los especialistas que los integran. Ahora bien, como previene CHRISTIAN WETTINCK, los gabinetes deben ofrecer garantías técnicas y de imparcialidad, de suerte que el Estado no puede renunciar a su colaboración institucional con la Administración de Justicia, evitando de este modo la privatización de la diligencia pericial dados los graves riesgos de parcialidad que ello entraña.<sup>72</sup> Es absolutamente necesario que las garantías de especialización e imparcialidad tengan como presupuesto un ordenamiento administrativo sólido y una burocracia técnica o tecno-burocracia organizada bajo reglas de eficiencia, imparcialidad y de exclusivo respeto –por las demás instancias administrativas y gubernamentales– a las opiniones de los expertos.

De hecho esto último se presenta con toda rotundidad en el caso de los informes técnico-aduaneros, referentes al avalúo –que comprende además el monto que hubiera correspondido por concepto de adeudo tributario– y al reconocimiento físico (aforo), según lo dispuesto en los arts. 13° de la Ley de delitos aduaneros N° 26461 y 3° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 121-95-EF. Llama la atención que similar criterio no se haya seguido en el caso de los delitos tributarios (Decreto Legislativo N° 813), en el que los jueces –a partir de lo dispuesto en el art. del Código Tributario– no otorgan carácter pericial oficial a los Informes Técnicos de Determinación de la deuda tributaria, no obstante su carácter especializado y su elaboración por personal técnico de la institución tributaria. Otro caso, especialmente escandaloso, es el de los Informes Técnicos emitidos por los funcionarios de la Contraloría General de la República, de la Superintendencia de Banca y Seguros y de la CONASEV, en la esfera de su competencia.

La *pericia económica* es una pericia singular y especial para esta clase de delitos. CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO nos dice que el objeto de esta pericia tiene muchos elementos propios de una auditoría de cuentas. La labor pericial consiste en una revisión y verificación de documentos que expresan operaciones económicas presuntamente lícitas, para, precisamente, determinar cuál ha sido la irregularidad que, desde el ordenamiento jurídico, reflejan, con el

---

72 Con la justicia maniatada, ¿Qué son los mercados, sino un vasto pillaje? En: Revista Jueces para la Democracia, Marzo, Madrid, 1998, p. 67.

mayor grado de evidencia y fiabilidad posibles, una transgresión de las reglas que deben presidir la actividad económica y su expresión contable.<sup>73</sup>

Cabe enfatizar que los organismos públicos del Estado, que tienen gabinetes y profesionales o expertos dedicados a labores periciales en estricto sentido, deben estar obligados a elaborar informes técnicos que cumplan con los requisitos exigidos a todo informe pericial y que éstos se consideren pericias institucionales de carácter oficial, cuya objeción merecerá o su ampliación o la incorporación de pericias de parte (vid.: arts. 161° y 165° CPP). Por lo demás, esta regla se utiliza en dos casos muy puntuales: los informes periciales del Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú y del Instituto de Medicina Legal, consecuentemente, no cabe utilizar un criterio distinto para el caso de otros organismos que realizan labores técnicas [el art. 276° de la LOPJ hace mención a los técnicos de la Administración en su función de colaboración con la impartición de justicia, pero son los arts. 91° y 216° del CPP de 1991 los que contemplan expresamente la pericia institucional].

Es de insistir en lo especialmente disfuncional que resulta que los informes técnicos de entidades públicas especializadas puedan considerarse como simples informes sin valor pericial o, en todo caso, 'pericias de parte', así como que la Administración de Justicia deba acudir a un incontrolado sistema privado de pericias de cuestionable objetividad y calidad técnica (vid.: arts. 274° LOPJ y 268° CPC). En todo caso, la labor pericial en ilicitudes que no cuenten con un previo control administrativo (al margen, por ejemplo, del INDECOPI y de otros órganos ya citados debe encargarse –a semejanza del art. 280° LOPJ relativo a los Juzgados de Trabajo y de Familia– a peritos económicos adscritos al ordenamiento judicial (relatores económicos).

### ***Protección procesal de los Intereses Difusos***

n) Los delitos socioeconómicos, en un sector muy importante, afectan a un colectivo social muy importante; lesionan, en suma, bienes jurídicos colectivos y, además, afectan de modo directo a una importante pluralidad de individuos pertenecientes a determinados colectivos de la comunidad social. En estos delitos está presente una característica esencial que es la neutralización que sufre la categoría de víctima del delito, debido al proceso de abstracción del que son producto, llegándose a sostener que los sujetos pasivos del delito

---

73 Ob. Cit., p. 65.

están difuminados (la legislación contempla lesiones sin víctimas o lesiones con víctimas diluidas), lo que hace que éstas –individualmente consideradas– tengan un escaso poder de influencia en el proceso penal.<sup>74</sup> Se trata, apunta ALMAGRO NOSETE, de colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados, aunque, con dificultades determinadas.<sup>75</sup>

Desde la perspectiva procesal, en el derecho comparado, se ha considerado que estos grupos pueden accionar judicialmente mediante las denominadas ‘acciones de grupo’, [*class action* en el derecho norteamericano y *Verbandklage* en el derecho alemán] cuya fundamental virtualidad, anotan GIMENO SENDRA y GARBERÍ LLOBREGAT, consiste en provocar una extensión subjetiva de los límites de la cosa juzgada que son en favor de todas aquellas personas partícipes del mismo interés que el de la agrupación que ejercita la acción.<sup>76</sup> En estos casos –de modelo social–, puntualiza JOAQUÍN SILGUERO ESTAGMAN, se concede poder procesal a un individuo o a una asociación para actuar en nombre propio y de otras personas similarmente que constituyen una clase, que es lo que se denomina “parte representativa”, la cual tiene la obligación de proteger equitativa y adecuadamente el interés de la clase.<sup>77</sup>

En tal sentido, dos deben ser las técnicas que deben implementarse de cara a los problemas que genera la afectación de bienes jurídicos colectivos: 1) Dar poder procesal a las ONG o asociaciones sin fines de lucro para defender a las víctimas (régimen de sustitución procesal), sin perjuicio que en determinados casos se autorice la representación a una sola persona [algo de ello existe en el art. 103° CPP de 1991 y en el art. 82° CPC]; y, 2) que la sentencia condenatoria, en el extremo de la reparación civil, vincule a todos los miembros del grupo afectado, que es lo que en Estados Unidos se denomina el *binding effect*.

---

74 SANTANA VEGA, Dulce María: La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 101/102.

75 La protección procesal de los intereses difusos. En: Revista Justicia, No. 83, No. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, p. 74.

76 La protección procesal del medio ambiente. En: Revista Poder Judicial, 2da. Época, No. 37, Marzo, Madrid, 1995, pp. 149.

77 La *Class Actions* en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos de América. En Revista Vasca de Derecho Procesal y arbitraje, Tomo VII, Enero, 1995, Ed. Dykinson, Madrid, p. 10.

En este último extremo, resulta sugerente la propuesta de GIMENO y GARBERI. Nos dicen que "...debiera admitirse la *condena a futuro*, lo cual permitiría, una vez firme la sentencia, acceder directamente al proceso de ejecución para obtener la realización de aquellas obligaciones que fueran periódicamente venciendo con arreglo a las bases de ejecución que habrán de determinarse en la sentencia".<sup>78</sup>

o) No está demás enfatizar, siguiendo a FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS, que en los delitos contra el ambiente es posible: 1) condenar al responsable a la restitución del bien afectado a la situación en que se encontraba en el momento anterior, configurando este deber como una obligación de hacer que, en su caso, podrá ejecutarse a su costa, o condenarlo al pago de una indemnización que comprenderá el importe de los perjuicios materiales irrogados, todo ello sin perjuicio del pago respectivo para resarcir los perjuicios morales; 2) conducir la fijación de la cuantía del resarcimiento, frente a la dificultad de cifrar la cuantía del resarcimiento, al período de ejecución de sentencia, que es lo que se denomina "sentencia-base", la cual debe prefigurar los lineamientos de la fijación del quantum resarcitorio; y, 3) extender la responsabilidad civil a los daños morales, cuando el perjuicio causado por la acción contaminante afecte no sólo el ecosistema sino también la salud de las personas y a la de los que están por nacer, de suerte que abarque a los afectados en edad de procrear y a aquellos más jóvenes que –según una expectativa razonable de vida– habrán de llegar a esa situación.<sup>79</sup>

### ***Replanteamiento de las medidas coercitivas***

o) La intervención del empresario, como persona física activa del delito socioeconómico, y la participación de la propia persona jurídica en la comisión de este delito, obliga a instituir especialidades procedimentales en este ámbito del proceso penal. Es de entender por *medidas coercitivas* aquellos actos procesales del Juez, dictados a instancias de las partes acusadoras, con los cuales se interfiere o interviene el derecho fundamental de una persona (inculgado o tercero) contra su voluntad, por causa de la persecución penal.<sup>80</sup>

---

78 Ob. Cit., p. 157.

79 Delitos contra el medio ambiente. En: Empresa y Derecho Penal II, Ob. Cit., pp. 115/116.

80 SCHLÜCHTER, Ellen: Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.64.

Éstas se dividen, a su vez, en medidas cautelares, destinadas a asegurar el proceso de ejecución penal, y en medidas instrumentales restrictivas de derechos, destinadas a asegurar el proceso de conocimiento.<sup>81</sup>

p) Desde las medidas cautelares, nuestro ordenamiento procesal, se ha ocupado profusamente, primero, de la detención o prisión preventiva, y, segundo, de todas aquellas que garantizan las consecuencias económicas del delito. En el primer caso, mediante la Ley N° 27226, de 17 de diciembre de 1999, se modificó el art. 135° CPP y se incorporó un párrafo al numeral 1), señalando que: *No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado, a la vez que se positivizó para esta medida cautelar en particular el principio *rebus sic stantibus* o de variabilidad, al añadir un párrafo final al citado artículo: *En todo caso, el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida.**

Cabe puntualizar, respecto del último párrafo del numeral 1) del art. 135° CPP, que –en primer lugar– dicho numeral consagra el principio constitucional de intervención indiciaria, que al decir de RICARDO MARTÍN MORALES es un principio con entidad propia y distinto del de proporcionalidad,<sup>82</sup> el cual más bien se concentra en el presupuesto material de *periculum in mora*. El principio constitucional de intervención indiciaria, sin duda alguna, constituye la base constitucional del presupuesto material del *fumus delicti*. El nuevo párrafo incorpora una regla específica cuando el delito se comete tras una persona jurídica, la misma que, en rigor, no constituye estrictamente una regla de prueba –de dudosa practicabilidad en un sistema que sigue el principio de libre valoración o criterio de conciencia (art. 283° CPP)– sino un criterio de imputación de derecho penal material.

Esta regla sanciona reiterativamente la proscripción de la responsabilidad objetiva (art. VII del Título Preliminar del CP). Exige, en armonía con los principios de culpabilidad y de necesidad de actuación personal del agente en la comisión de un delito –distintos de la teoría de la representación propia del

---

81 ROXÍN, Claus: Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 249.

82 Teoría General. En: El principio constitucional de intervención indiciaria [MARTÍN MORALES, R.: Coordinador], Ed. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, pp. 9/20.

derecho privado—, que existan indicios de criminalidad en orden a la concreta acción realizada por el administrador o directivo de una persona jurídica. No basta, ante la ausencia de datos o elementos objetivos de convicción, presumir o deducir —sin sustento fáctico razonable— que porque el delito se perpetró en el ámbito de actividad de una persona jurídica, la imputación, sin más, debe recaer en su directivo o gerente.<sup>83</sup>

En cuanto a las medidas cautelares reales o patrimoniales, asociadas a las consecuencias económicas del delito, que será materia de otro trabajo, son de destacar: (1) las medidas innovativas contra las personas jurídicas, que preceden a las consecuencias accesorias prescritas en el art. 105° CP, y que se reconocen expresamente para los delitos contra el ambiente (art. 314° CP): “suspensión de la actividad contaminante” y “clausura del establecimiento”; (2) las medidas conservativas de incautación de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados por la comisión del delito (art. 221° CP), en los supuestos de delitos contra la propiedad intelectual, previstos y sancionados en los arts. 216°, 217° y 219° CP; (3) las medidas de incautación especial, que no sólo comprenden los *instrumenta scaeleris* y *producta scaeleris* sino también los *objetos del hecho*, que se sancionan en los delitos monetarios y aduaneros, de conformidad con las Leyes N° 26714 y 26461, respectivamente; y, (4) el embargo de empresas.

q) En lo atinente a las medidas instrumentales restrictivas de derechos, la legislación orgánica del sistema bancario y el Código Tributario se han ocupado del levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, respectivamente. Estas previsiones han sido completadas y desarrolladas, incorporando la entrada y registro domiciliario, que obviamente comprende la de las empresas, y el levantamiento del secreto —oficial, profesional o comercial— con la Ley N° 27379, de 21 de diciembre de 2000. Aún falta desarrollar la interceptación telefónica (pequeñas escuchas), decidir la conveniencia de la vigilancia acústica (grandes escuchas), introducir las órdenes de vigilancia de cuentas bancarias, incorporar el acceso a sistemas informáticos y autorizar las órdenes de elaboración de determinados documentos financieros, así como establecer las medidas interdictivas —*nomen iuris* utilizado por el Código Italiano—, que pueden comprender tanto a la persona del empresario, inhabilitándolo para realizar actividades empresariales específicas (algo se adelantó en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995), cuanto a la propia empresa (sometimiento a control judicial, según el modelo francés).

---

83 Véase, al respecto, la interesante monografía de NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: Responsabilidad penal en la empresa, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 223 Pág.

## 5. Las partes procesales: las personas jurídicas

### *Aspectos Generales*

r) El ámbito de la represión del delito socioeconómico, como es consenso doctrinario, no puede basarse únicamente en la atribución de responsabilidad penal a las personas físicas que actúan en el seno de las empresas,<sup>84</sup> el mismo que parte del sistema de individualizar responsabilidades radicado en que la acción penalmente relevante es entendida como comportamiento humano voluntario y la culpabilidad como un reproche personal por no haber actuado de otro modo.<sup>85</sup> Tanto por razones dogmáticas, que provienen de las canteras más diversas, en base a que la función del Derecho penal se va orientando hacia el control de las disfuncionalidades sociales e impregnando de modelos de conducta colectiva,<sup>86</sup> cuanto por razones político criminales y, especialmente, en atención a la función de intimidación o de inocuización que pueden tener las penas, sin perjuicio que el principio de la personalidad de las mismas sólo prohíbe que las penas pronunciadas contra las personas jurídicas puedan ser ejecutadas sobre el patrimonio propio de sus miembros, es de rigor tener por superada, por lo menos en principio, toda oposición radical a una respuesta penal contra las propias personas jurídicas.<sup>87</sup>

Nuestro Código Penal, empero, siguiendo parcialmente el modelo español, utilizando una terminología intencionadamente neutra, ha incorporado dentro del Capítulo II “consecuencias accesorias” del Título VI “De la reparación civil y consecuencias accesorias” del Libro I, dos artículos específicos que se refieren a las personas jurídicas: los arts. 104° y 105° CP. El art. 104° CP prevé la privación de las beneficios obtenidos por éstas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, *en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes*. El art. 105°, instituye las denominadas “medidas”, que el juez puede imponer “Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo [...]”.

---

84 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: DPE.PG, p. 227.

85 NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: Responsabilidad penal en la empresa, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 41.

86 HEINE, Günter: la responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias. En: Anuario de Derecho Penal '96, Ed. Grijley, Lima, 1997, pp. 20/21.

87 DESPORTES, Frédéric – LE GUNHEC, Francis: las penas aplicables a las personas jurídicas. En: Anuario de Derecho Penal '97/98, Ed. Grijley, Lima, pp. 308/309.

Es claro que estas normas, según su concepción, no permiten deducir necesariamente que el Código Penal reconoció una responsabilidad penal de las propias personas jurídicas y, por tanto, que excluyó definitivamente la vigencia del principio *societas delinquere non potest* y la imposición de auténticas penas para ellas; no se puede sostener enfáticamente, por la propia incoherencia de sus normas, que las dos consecuencias accesorias antes indicadas constituyen penas.

s) Empero, no cabe mayor duda que la primera consecuencia integra el ámbito de la reparación civil<sup>88</sup> y, por ende, sólo puede formar parte del objeto civil del proceso penal; PEÑA CABRERA enuncia al respecto que el legislador ha tratado de ofrecer una solución a los problemas generados por la insuficiencia de bienes por parte de las personas jurídicas para cubrir su responsabilidad pecuniaria de derecho civil.<sup>89</sup> La segunda consecuencia, en cambio, al decir de JAVIER FERNÁNDEZ TERUELO, puede configurar una nueva categoría penal con características propias [distinta de las penas, las medidas de seguridad y la reparación civil, aunque bajo el rótulo de “sanción penal”], pero que tiene un contenido afflictivo del ámbito propiamente penal que obliga a que su imposición esté precedida de las garantías jurisdiccionales correspondientes.<sup>90</sup> En todo caso, estas medidas –acota LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ– constituyen privación de bienes jurídicos, impuestas por un órgano penal ante la comisión de un delito, siguiendo criterios de prevención especial, lo que las hace coincidir con el concepto de pena y exige en su consecuencia del sistema de garantías que debe presidir la imposición de cualquier sanción penal.<sup>91</sup>

Las personas jurídicas, por consiguiente, desde nuestro vigente Derecho penal, ocupan un sitio en el ámbito de la responsabilidad penal atribuida a sujetos individuales. Bajo ciertas condiciones responden civilmente (arts. 95° y 104° CP) y ‘penalmente’ (arts. 105° y 17° D. Leg. N° 813 –delitos tributarios– y ° 10 Ley N° 26461 –delitos aduaneros–) ante la conducta delictiva perpetrada

---

88 HURTADO POZO, José: Personas Jurídicas y responsabilidad penal. En: Anuario de Derecho Penal '96, Ed. Grijley, Lima, p.151.

89 Tratado de Derecho Penal – Parte General, Ed. Grijley, Lima, 1999, p. 695.

90 Las consecuencias accesorias del art. 129° CP. En: El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel del Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 280/281. PEÑA CABRERA, sin mayores argumentos, les otorga un carácter de sanción civil (sic) y administrativa (Ob. Cit., p. 296).

91 Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 213/214.



da por sus dependientes y administradores o directivos. En estas condiciones, en tanto pueden ser pasibles de afectaciones a sus derechos e intereses legítimos, es indudable que deben tener la condición de partes procesales, independientemente a que sus administradores o representante legales, a título individual, puedan resultar penalmente responsables. Cabe enfatizar, conjuntamente con MIGUEL CARMONA RUANO, que las medidas en cuestión afectan negativamente a la persona jurídica y tienen un significado aflictivo para ella, así como que están previstas en el Código Penal, las impone un juez penal, como consecuencia de la comisión de un delito, en el curso de un proceso penal y orientadas a los fines de la pena.<sup>92</sup>

### ***La privación de ganancias: ámbito procesal***

t) Desde el *objeto civil acumulado* el art. 100° CPP hizo mención a terceras personas cuando les atribuye la responsabilidad civil además del inculpado; estas “terceras personas”, por lo general, resultan ser personas jurídicas. En este caso, el Código Civil, en su art. 1981°, prescribe que *Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.*

Como se puede apreciar del tenor de dicha norma, en concordancia con lo dispuesto en el art. 95° del Código Penal, son dos los requisitos que sustentan la denominada *responsabilidad vicaria*: a) el responsable directo está en una relación de dependencia, que “esté bajo sus órdenes”; y, b) que el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.<sup>93</sup> En suma, como postula Víctor MORENO CATENA siguiendo a la jurisprudencia española, los principios *ubi est emolumentum, ibi onus esse debet*, así como el de creación del riesgo y, de modo más distante, las culpas *in eligendo, in vigilando e in educando*, constituyen el fundamento de esta responsabilidad;<sup>94</sup> la misma que, a diferencia de otros modelos, es solidaria y no subsidiaria, por lo que debe

---

92 La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Empresa y Derecho penal (II), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 297.

93 Cfr.: FONT SIERRA, Eduardo: La acción civil en el proceso penal, Ed. La Ley, Madrid, 1991, p. 44.

94 El proceso penal, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 492.

entenderse abrogado el extremo del art. 100° CPP que limita el embargo de bienes a la imposibilidad económica del responsable directo, pues ello es consecuencia de considerar tal responsabilidad como subsidiaria.

u) En el caso del tercero civil, desde su intervención procesal, el citado art. 100° in fine CPP estipula que deben ser citadas y tendrán derecho para intervenir en todas las diligencias que les afecten, a fin de ejercitar su defensa. La jurisprudencia nacional no exige un mero traslado al tercero civil, sino que se dicte una resolución de imputación concreta que expresamente lo comprenda como tal.<sup>95</sup> Esta resolución, atento a la naturaleza de derecho civil de la reparación civil, sólo podrá dictarse a instancia de parte: del Fiscal –legitimado por imperio de los arts. 1°, 95°.2 y 92°.4° de su Ley Orgánica y del numeral 225°.4 del CPP– y del actor o parte civil (art. 58° CPP). Se requiere pues que un tercero al Juez ejerza la correspondiente pretensión civil, al regirse por el principio dispositivo, que obliga a las partes a fijar el objeto civil respectivo, circunscrito por cierto a lo dispuesto en el art. 93° del Código Penal.<sup>96</sup> Es evidente, entonces, que el órgano judicial no puede proceder de oficio, con un “fallo largo” [*extra petita*] que abarque la condena al tercero civil, si no fue llamado al proceso y erigido en parte;<sup>97</sup> además, no sólo debe comprendérsele en el auto de procesamiento (dictado inicialmente o en el curso del proceso penal), debe ser citado con el auto de enjuiciamiento, dársele la oportunidad para que pueda cuestionar la pretensión civil del fiscal o del actor civil, participar en el juicio oral y –antes– en el curso de la instrucción y otorgarle legitimación para que pueda alegar y recurrir contra toda resolución que afecte sus intereses, con lo cual se preserva el principio de contradicción y se evita la indefensión, salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia superior ha sancionado con la nulidad de la sentencia la falta de citación al tercero civil para la diligencia de lectura de la misma,<sup>98</sup> así como la que atribuye responsabilidad a una persona sin que haya sido comprendida en el proceso como tal.<sup>99</sup>

---

95 Vid.: Ej. Superior de Lima, 17.11.97, Exp. No 4904-97 [LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: Jurisprudencia del proceso penal sumario 96/97, Ed. Grijley, Lima, 1997, p. 15].

96 GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: Ob. Cit., p. 184.

97 GARBERI LLOBREGAT, José y otros (dir. GIMENO SENDRA, Vicente): Los procesos penales, T.IV, Ed. Bosch, Barcelona, p.577.

98 Ej. Sup. Lima, 16.3.98, Exp. No 8158-97; in BACA CABRERA, Denyse y otros: Jurisprudencia Penal – procesos sumarios, Ed. Grijley, Lima, 1999, p. 764.

99 Ej. Sup. Lima, 27.11.97, Exp. No 5554-97; in LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel; Jurisprudencia del proceso penal sumario 1996-1997, Ed. Grijley, Lima, 1999, p. 44.

Ahora bien, como responsables civiles asumen propiamente la condición de parte demandada, de tal forma, como explica MORENO CATENA, que su régimen de intervención es similar al del proceso civil en el que resulta irrelevante la presencia o ausencia de la parte pasiva del proceso, siempre que haya sido emplazada con las debidas garantías, de ahí que su no presentación o ausencia injustificada al proceso no será por sí misma causa de suspensión del juicio.<sup>100</sup>

v) El art. 104° del Código Penal se limita a ampliar el ámbito de la responsabilidad civil de las personas jurídicas. La responsabilidad civil, en este caso, tiene un límite: cubrir la que corresponde al autor directo y sólo en la medida en que sus bienes fueran insuficientes. Esta *responsabilidad*, ahora sí *subsidiaria*, está radicada en los beneficios obtenidos por la persona jurídica, no afecta los bienes propios y las ganancias o beneficios por actividades sociales fuera del ámbito involucrado. Este ámbito requiere el cumplimiento de dos requisitos: 1) Que el delito sea cometido por un funcionario o dependiente de la persona jurídica; y, 2) Que el delito de aquél sea perpetrado en el ejercicio de la actividad social de la persona jurídica.

Cabe señalar a este respecto que, en cuanto a los presupuestos de la responsabilidad indirecta, no se advierten mayores diferencias entre este dispositivo y el art. 1081° del Código Civil; cuando este último determina que el principal –la persona jurídica– tenga al autor directo bajo sus órdenes, obviamente comprende a sus dependientes o empleados y a sus directivos, pues ambos trabajan para ella, y cuando hace referencia al “ejercicio de su actividad” exige que el autor directo realice la conducta en el ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas en el seno de la actividad social que se le ha confiado y que, por tanto, pertenece a su esfera o ámbito de actuación.<sup>101</sup>

Se trata en suma de un supuesto inclusive más restrictivo, que frente a una institución más amplia: la del tercero civil bajo los marcos de los arts. 1981° CC y 95° CP, está llamada a carecer de sentido y aplicación práctica, que por lo demás sí tendría razón político criminal si se le configura penalmente e independiente de la reparación civil y de la solvencia o insolvencia del autor

---

100 GIMENO SENDRA, Vicente y otros: Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, Madrid, 1996, p. 191.

101 Así lo ha declarado, por ejemplo, la jurisprudencia española –STS de 30.4.98– [GUTIÉRREZ SARZA, Ángeles: Ob. Cit., pp. 166/165].

directo, a título de decomiso (art. 102° CP), tal como lo plantea IVÁN MEINI MÉNDEZ.<sup>102</sup>

### ***Las medidas: aspectos procesales***

w) Sin duda alguna, como ya se expuso líneas arriba, las medidas contra las personas jurídicas tienen un definido carácter penal [no son medidas civiles o administrativas]. Por ende, al integrar el objeto penal necesariamente están sometidas al principio acusatorio y al de interdicción de la indefensión. Conforme postula JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR la aplicación de las medidas penales en cuestión (art. 105° CP) requiere no sólo la previa audiencia a sus representantes legales, sino su constitución en parte en el proceso penal, amén de que ello importe el pedido exclusivo del Ministerio Público y que se imponga en la sentencia y no en fase de ejecución.<sup>103</sup>

Si bien nuestro Código Penal, a diferencia del art. 129°.1 del Código Penal Español, no contempla la audiencia previa a los titulares o a los representantes legales de las personas jurídicas, ello no obsta a su estricto cumplimiento por ser una consecuencia directa de la garantía constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional y del derecho de defensa (art. 139°. 3 y 14 Const.) y porque dicho cumplimiento es obligatorio en todo acto de injerencia estatal.<sup>104</sup>

Sostener que las personas jurídicas son propiamente *partes acusadas*, en tanto que contra ellas el Fiscal imputa la comisión de un delito vinculado perpetrado por sus órganos [...] *en el ejercicio de [su] actividad ... o utilizando su organización para favorecerlo encubrirlo* y, por ende, pide al juez la imposición en su contra de una de las cuatro medidas que prevé el art. 105° CP, requiere, en primer lugar, que el *petitum* y la *causa petendi* se deben fundamentar debidamente; en segundo lugar, que el Juez penal dicte la resolución de imputación correspondiente; en tercer lugar, que sea citado formalmente en cada acto procesal trascendente del proceso; en cuarto lugar, que pueda ofrecer actos de prueba y de investigación, así como participar en todos ellos

---

102 La responsabilidad penal de las personas jurídicas. PUCP fondo Editorial, Lima, 1999, pp. 188/190 y 219.

103 Las "Consecuencias accesorias" aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP Español. En: Anuario de Derecho Penal '97/'98, Ed. Grijley, Lima, 1999, pp. 331/332.

104 Cfr.: BACIGALUPO, Silvina: Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. En: Curso de Derecho Penal Económico, Ob.Cit., p. 75.

y los que ofrezcan y sean admitidos por las demás partes personadas; en quinto lugar, que sea citado con la acusación fiscal y el auto de enjuiciamiento, así como intervenir activamente en toda la fase intermedia; en sexto lugar, que intervenga en el juicio oral con los mismos derechos del acusado; y, en séptimo lugar, que se le reconozca el derecho de impugnar, deducir todos los medios de defensa y artículos de nulidad de actuados.

Un problema que se presenta es el efecto que ocasionaría la ausencia injustificada de la persona jurídica a los emplazamientos procesales, en particular para el juicio oral; en otros términos, si su ausencia determina la suspensión del procedimiento. El CPP, desde luego, no responde a esta interrogante; sin embargo, en la medida en que la sanción a la persona jurídica tiene como presupuesto la sanción a la persona física que actuó utilizando su organización para favorecer o encubrir el delito [delito perpetrado por un órgano o representante y cometido por cuenta –en su provecho o interés– de la persona jurídica], es obvio que ésta a través de alguno de sus órganos participó en el hecho, por lo que frente a un emplazamiento judicial resulta claro que está en condiciones de intervenir en el proceso. Su inasistencia injustificada no puede suspender el procedimiento, se le declarará rebelde o contumaz y continuará el proceso conforme a las normas regulares de la ley procesal, salvo que la ausencia o contumacia comprenda a la persona física, en cuyo caso el proceso sí ha de suspenderse.

Resulta, al respecto, sumamente interesante la opción francesa, materializada en la Ley de 16.12.92, que incorpora los arts. 706-41 al 706-46 al Código de Procedimiento Penal –agrega el Título XVIII al Libro IV–, bajo el rótulo de “De la persecución, de la instrucción y del juzgamiento de las infracciones cometidas por las personas morales”. En ellas, como informa JEAN PRADEL, la acción es dirigida contra el representante legal de la persona jurídica, salvo que éste también tenga la condición de imputado a título individual, en cuyo caso el Juez debe designar un mandatario judicial; la persona moral puede colocarla bajo control judicial, que es una modalidad propia de medida cautelar (v.gr.: caución; constitución de garantías reales o personales; prohibición de realizar determinadas actividades profesionales, siempre que la infracción fue cometida con ocasión de dichas actividades), cuyo incumplimiento origina un proceso por desobediencia a la autoridad.<sup>105</sup>

---

105 La responsabilidad penal de la persona moral. En: Anuario de Derecho Penal '96 (dir.: HURTADO POZO, José), pp. 94/95.

x) La sentencia que imponga una medida contra la persona jurídica está sometida, como ya se anotó, al principio acusatorio, es decir, que sólo la impondrá si el Fiscal en su acusación introduce la pretensión sancionadora correspondiente. Por otro lado, la sentencia debe tener una motivación específica, amén de la general establecida por el art. 139°.5 de la Constitución, consistente en la necesaria prevención de la continuidad delictiva de la persona jurídica.<sup>106</sup>

ABANTO VÁSQUEZ, con razón, considera que el art. 105° CP es criticable por haber omitido declarar expresamente cuándo procede la imposición de las medidas. Acota que ellas no tienen por qué imponerse automáticamente, sino solamente cuando exista una relación entre la medida y la finalidad que se busque; la cual no puede ser otra que la de “prevenir la continuidad en la actividad delictiva” y neutralizar los efectos del delito, tal como se señala expresamente en el art. 129°, tercer párrafo, del Código penal español.<sup>107</sup> ❖

---

106 BACIGALUPO, Silvina, Ob. Cit., p. 77.

107 Derecho penal económico – Parte Especial, Ed. IDEMSA, Lima, 2000, pp. 488/489.

# Violaciones al ejercicio de los Derechos de Autor y su vigencia en la Ley N° 312. Problemática nacional

Roxana I. Zapata López

Profesora de Derecho de Autor  
y Derechos Conexos.  
Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI)

## I. Introducción

Previo a la Ley N° 312, **Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos**, el Código Civil de Nicaragua de 1904, regulaba esta materia en el Libro II, De la Propiedad, Modos de adquirirla, y sus diferentes modificaciones, Título IV. Del Trabajo. Bajo esta intitulación encontramos artículos referentes a la propiedad literaria, dramática y artística, así como reglas para declarar la falsificación de una obra y las penas de la falsificación. El mismo Código Civil remitía al Código Penal, para que el falsificador fuera castigado penalmente por el delito de fraude. (Arts. 724 al 867 C). Los arts. 725 y 726 C. han sido modificados por la Ley N° 312 en su art. 133; siendo derogados los arts. 729 al 867 C.

La Ley N° 312, protege los derechos de autor de las obras literarias, artísticas o científicas y los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión. Esta ley protege la obra, entendida según el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor y derechos conexos como *toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible* (Art.1). Una creación intelectual, por ejemplo, es un texto, una novela, una fotografía periodística, el plano de un arquitecto, las conferencias, las entrevistas periodísticas, artículos de divulgación, las artesanías producto del arte popular, grabados, esculturas, dibujos.

## II. Acciones y medidas

Las reproducciones ilícitas, usurpación o el plagio de las mismas, son acciones que atentan contra estos derechos. Para la tutela de las obras en contra de estas acciones, la Ley N° 312 establece adopción de medidas de protección, a saber:

- 1º. La prohibición o suspensión de la actividad ilícita;
- 2º. La retirada de la circulación de los ejemplares ilícitos y su destrucción.
- 3º. El decomiso de los equipos utilizados y entregados a Asociaciones de autores y artistas;
- 4º. Depósito del ingreso económico obtenidos por la actividad ilícita

Por otra parte, la Ley N° 312, también establece, además de las acciones descritas anteriormente, **medidas cautelares** para evitar la consumación del ilícito, para asegurar pruebas, bienes o el objeto del proceso, e impedir que desaparezcan o se transformen las utilidades en las que se quebranta el derecho de autor, que son fugaces o relativamente sencillo hacer desaparecer las evidencias, que son elementos probatorios. Las medidas cautelares pueden ser solicitadas antes de promovida la acción y aun antes de que tenga lugar la infracción.

Muy pocas son las acciones promovidas por infracciones al derecho de autor o a los derechos conexos que no se inician con un pedido de medidas cautelares (o precautorias o de conservación). Pues, la *inmaterialidad* de la obra y su don de ubicuidad determinan una vez que la obra ha sido difundida escape a la custodia del autor o de sus *derechohabientes* y sea susceptible de ser apropiada, utilizada y transformada sin su intervención o autorización. La reproducción ilícita, comúnmente, es anónima y quien la realiza pocas veces consigna su nombre en los ejemplares en infracción.

Las leyes tipifican ciertas infracciones a los derechos patrimoniales y a los derechos morales del autor; muchas veces también de los intérpretes y de los derechos patrimoniales del productor de fonogramas; en ocasiones, de los derechos patrimoniales de los organismos de radiodifusión. La Ley N° 312 es amplia, pues recoge tanto el derecho de autor y los derechos conexos en su aspecto moral y patrimonial (es decir los intérpretes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión). Estas infracciones pueden dividirse en tres clases:<sup>1</sup>

---

1 Delia LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993.p.557.



- a) Lesiones al derecho moral;
- b) Lesiones a los derechos patrimoniales;
- c) Lesiones mixtas (al derecho moral y a los derechos patrimoniales)

**1. Lesiones al derecho moral.** Las formas comisivas básicas de las lesiones al derecho moral son aquellas en que el agente, debidamente autorizado para utilizar la obra ya sea en virtud de un contrato o de una licencia no voluntaria o, en general, de una limitación legal, lo hace sin respetar los derechos del autor a la paternidad y a la integridad de la obra.

- La lesión al *derecho de paternidad* tiene lugar, cuando se omite el nombre del autor (cuando éste no quiso permanecer anónimo) o se lo cambia (por ejemplo si el autor eligió un seudónimo y la obra se reproduce o comunica al público consignando el nombre verdadero, o si quiso permanecer anónimo y se indica su nombre o seudónimo).
- La lesión del *derecho al respeto y a la integridad de la obra* se verifica cuando se efectúan transformaciones (por ejemplo, traducciones, adaptaciones, reducciones, en general, cuando se introducen cambios o agregados) sin autorización al efecto o cuando se exceden los límites de la transformación autorizada (por ejemplo si se autorizó una traducción de la obra y también se la adapta, se la reduce, se hacen agregados, etc., o si se autorizó la adaptación estrictamente a la televisión, y se hace una versión libre).

La Ley N° 312 establece en el Capítulo IV. De los Derechos. Sección primera: Derechos Morales (paternidad, integridad, divulgación, retiro o arrepentimiento, modificación) (arts. 19 al 21) y expresa que: Los derechos morales (paternidad, integridad, divulgación, retiro o arrepentimiento) son transmisibles a los herederos, sin límite de tiempo. (art. 21). Esta regulación es facultad del derecho interno de cada país. El Convenio de Berna establece que al menos serán mantenidos el de paternidad e integridad después de la muerte del autor (por lo menos hasta la extinción de los derechos patrimoniales (art. 6 bis.1).

A su vez, la Decisión 351 (Decisión Andina) dispone que el derecho de autor (tanto moral como patrimonial) puede ser transmitido a los herederos por sucesión, de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional. A falta de disposición de ley especial, el derecho se transmite por el derecho común. Argentina, Cuba, Guatemala, Paraguay regulan el derecho de Paternidad e integridad; Perú, Venezuela, Nicaragua, regulan también los anteriores y el derecho de arrepentimiento. En este sentido, la Ley 312, es amplia al abarcar no sólo los derechos de paternidad, integridad de la obra, sino también el de

divulgación, retiro o arrepentimiento. La doctrina mayoritaria al respecto opina que el derecho de retiro o arrepentimiento sólo es facultad del autor y no de los herederos.

**2. Lesiones a los derechos patrimoniales.** La regulación de la tutela penal de los derechos patrimoniales del autor describe como delitos las infracciones al derecho de reproducción, al derecho de comunicación pública (representación, ejecución, exhibición cinematográfica, radiodifusión, cable-distribución, entre otras) al derecho de transformación de todo o parte de las obras literarias, musicales y artísticas.

En el derecho comparado, hay legislaciones que tipifican ciertas conductas particulares lesivas a los derechos patrimoniales, por ejemplo:<sup>2</sup>

- reproducir o difundir la obra después de vencido el plazo del contrato;
- fabricar ejemplares en número superior al estipulado en el contrato;
- sobrepasar los límites de la autorización concedida para utilizar una obra, la prestación de un artista, un fonograma, un videograma o una emisión radiodifundida, salvo en los casos previstos en la ley;
- falsear declaraciones sobre el número de ejemplares vendidos efectivamente;
- falsear otras circunstancias de las que depende la remuneración del autor (conurrencia de público, precio, clase y número de entradas vendidas para un espectáculo o reunión, número de entradas distribuidas gratuitamente);
- falsear declaraciones omitiendo, sustituyendo o intercalando indebidamente los datos de las obras difundidas; hacer una selección o una compilación de obras publicadas o inéditas sin autorización del autor; abusar del derecho de cita;
- la usurpación del nombre, seudónimo, nombre de arte o sigla de un autor; la utilización de un título de una obra ajena.

Las modalidades de explotación, la Ley N° 312 la regula de los arts. 22 al 26, Sección Segunda: Derechos patrimoniales.

---

2 Delia LIPSZYC. *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO/CER-LAC/ZAVALIA, 1993. p. 559.

- Derecho de reproducción
- Transformación
- Traducción
- Adaptación
- Comunicación al público: la declamación, representación, proyección, exhibiciones públicas, transmisiones de sonidos o imágenes, el acceso al público de Base de datos.
- Derecho de alquiler
- Derecho de importación

**3. Lesiones mixtas** (*al derecho moral y a los derechos patrimoniales*). Las lesiones mixtas, no son sólo a aquellas conductas que siempre entrañan una agresión a los intereses de orden moral y a los de orden patrimonial; sino también, casos de publicación no autorizada de una obra inédita, de publicación no autorizada de una obra respecto de la cual el autor ha ejercido el derecho de retracto o arrepentimiento (en éstos se infringe los derechos morales de divulgación y de retracto o arrepentimiento, además de los derechos patrimoniales de reproducción y de comunicación pública) y de plagio.

Para DELIA LYPSZYC, el plagio es el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios. La infracción al derecho moral del autor plagiado se verifica siempre en su derecho de paternidad, pues el plagiarlo la sustituye por la propia; en la mayoría de los casos también se lesiona el derecho al respeto y a la integridad de la obra, pues lo corriente es que el plagiarlo trate de disfrazar el plagio. La lesión a los derechos patrimoniales derivan de la transformación no autorizada de la obra y de su utilización (reproducción-comunicación pública).

### III. Cuestiones procesales

Algunas legislaciones disponen expresamente la compatibilidad e independencia de los procedimientos civiles y penales. Por ejemplo, Argentina “tanto el juicio civil como el criminal, son independientes y sus resoluciones definitivas no se afectan”, este era el caso de nuestro país, hasta la entrada en vigencia de la Ley 312. Puesto que en nuestra legislación penal la responsabilidad civil es subsidiaria de la penal, primero tiene que existir una sentencia firme que se pronuncie sobre la existencia de un hecho punible para, posteriormente, ejercer las acciones civiles respectivas en sede civil ordinaria. Por tal razón, obser-

vamos el fenómeno que para restablecer el derecho, las personas perjudicadas, a pesar que el hecho pudiera constituir un delito, no acusan penalmente, sino que recurren primero a la vía civil, de acuerdo a lo que establece la ley. Esto se debe al marcado interés económico de la protección de los derechos patrimoniales del autor, que minimizan la importancia penal.

Por lo general, los delitos contra los derechos de los autores se encuentran tipificados en la legislación de carácter especial, así por ejemplo, Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Estados Unidos de América, Italia, México, Perú, Uruguay, Venezuela, entre otros países. En algunos ordenamientos esos delitos se regulan en el Código Penal, es el caso de Brasil, Francia. Es frecuente que los códigos penales establezcan que las disposiciones generales de los delitos contra los derechos de autor se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieren lo contrario (ejemplo, Código penal argentino y proyecto de código penal de Nicaragua). A mi juicio, este es el sistema correcto, para evitar la reforma constantemente del Código Penal debido a nuevas formas de protección de las obras, como producto del desarrollo de la comunicación, el caso de los delitos informáticos, los ciberdelitos cometidos en la Internet.)

La Ley N° 312, establece que son competentes los Juzgados de Distritos en cuya jurisdicción haya tenido o tenga efecto la violación en que hayan descubierto los ejemplares que se consideren ilícitos a elección del solicitante de las medidas. No obstante, una vez presentada la demanda sobre el fondo, será único Juez competente, para cuanto se relacione con las medidas adoptadas, el que conozca de aquellas (art. 103).

Cuando las medidas se soliciten al tiempo de proponer la demanda sobre el fondo, o durante la sustanciación del pleito correspondiente, será competente el Juez o Tribunal que conozca de éste.

Hay que hacer notar, que además de las medidas adoptadas por esta ley, está el hecho de que antes de la resolución, o en la misma, el juez, si lo estima necesario, podrá exigir al solicitante fianza para responder de los perjuicios y costas que pueda ocasionar (art. 103, numeral 4).

Para DELGADO PORRAS, una vez planteado el proceso ante la jurisdicción penal en la que puede hacerse efectiva la responsabilidad civil nacida del delito, no parece adecuado entablar otro proceso ante la jurisdicción civil con la misma finalidad. Y viceversa, ya que si la infracción puede subsumirse en alguno de los tipos penales teniendo en cuenta que se trata de un delito perseguible de oficio, la pretensión ejercitada en el pleito civil, fundada en dicha violación y con la que se persigue el cese de la actividad infractora y el oportuno resarci-

miento, debe pasar a conocimiento del Juez o Tribunal Penal al que corresponda el enjuiciamiento del tanto de culpa deducido por el órgano jurisdiccional civil. Para este autor, aunque el derecho civil tiene por finalidad resarcir y el derecho penal reprimir, en muchos países se admite, por razones de economía procesal, que la pretensión resarcitoria (o la aplicación de sanciones civiles) sea deducida en el procedimiento penal,<sup>3</sup> como lo establece el nuevo Código Procesal Penal de Nicaragua.

*La Ley N° 312 establece que la misma es de interés social y orden público (Art. 136), y para ello el Ministerio Público ha creado la Unidad Especializada de Delitos contra la Propiedad Intelectual, para ejercer la acción penal en todos aquellos delitos que se produzcan en la materia (Propiedad Industrial y Derecho de autor).*

#### **IV. Sanciones penales**

Habitualmente las legislaciones reprimen las infracciones a los derechos de los autores y sus derechohabientes y a los titulares de derechos conexos con sanciones penales (penas de prisión, de multa o de prisión y multa) y accesorias (destrucción de ejemplares ilícitos; de elementos utilizados para su fabricación; inhabilitación para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido; publicidad de la sentencia de condena.)

El Proyecto de Código Penal de 1999 (aprobado en lo general el 3 de mayo del año 2000), dedica en su Libro Segundo, Título VII, de los Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico lo relativo a la propiedad intelectual haciendo referencia a la reproducción ilícita, la protección del programa de computación, y establece penas para las distintas modalidades de cometer el ilícito, con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de cien a quinientos días. (arts. 248 a 250).

En cuanto a la naturaleza y severidad de las penas, las legislaciones no observan criterios uniformes. En algunos países la pena varía según se trate de una infracción realizada sin o con fines comerciales (Brasil), donde para el primer caso se prevé pena de detención de tres meses a un año o multa y para el segundo reclusión de uno a cuatro años y multa; en cambio en España se considera el fin comercial una circunstancia agravante.

---

3 Citado por Delia LIPSZYC en su texto *Derecho de autor y derechos conexos*. p. 578.

El bien jurídico de los delitos contemplados en la Ley N° 312, como expresa la doctrina, acoge una concepción dual, al estar integrada por derechos de carácter personal (moral) y patrimonial (o de explotación), que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Sin negar la importancia del carácter personal, predomina, sin embargo, el aspecto patrimonial.<sup>4</sup>

Para el caso particular de Nicaragua, la Ley N° 312 sanciona con prisión de 1 a 2 años el que viole los derechos del autor, del artista intérprete o ejecutante, del productor de fonograma u organismo de radiodifusión, en los siguientes casos (art. 106):

- 1º. Empleando el título de una obra (sin el consentimiento del autor) que la individualice de otras del mismo género, cuando exista peligro de confusión.
- 2º. Realizar cualquier traducción, arreglo u otras transformaciones de la obra.
- 3º. Comunicar públicamente una obra o fonograma por cualquier forma o procedimiento.
- 4º. Distribuir ejemplares de una obra, ya sea a través de la venta, arrendamiento, importar o cualquier otra modalidad.
- 5º. Retransmitir o distribuir una emisión de radiodifusión (por cualquier medio).
- 6º. Cuando el cesionario o licenciataria autorizado por el titular del derecho, reproduzca o distribuya un mayor número de ejemplares que el permitido por el contrato. Comunique, reproduzca o distribuya la obra después de vencido el plazo de autorización que se haya convenido.
- 7º. Atribuya falsa titularidad.
- 8º. Cuando la persona autorizada para usar o explotar una o más obras, presente declaraciones falsas en cuanto: certificación de ingresos, repertorio utilizado, identificación de autores, autorización obtenida, etc. (Oficinas o Sociedades de Gestión Colectiva)

---

4 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*, en Delitos relativos a la propiedad intelectual, Decimotercera edición, Valencia, España. 2001. p. 468.

También castiga con prisión de 2 a 3 años a quien (art. 107):

- 1º. Reproduzca u obtenga copias de obras o fonogramas por cualquier medio o procedimiento en forma original o modificada, íntegra o parcialmente.
- 2º. Importe, almacene, distribuya, exporte, venda, ofrezca a la venta, tenga en su poder, dé en arrendamiento o ponga de cualquier otra manera en circulación reproducciones ilícitas de obras o fonogramas.
- 3º. Depósito en el Registro de Derecho de autor una obra, interpretación o producción ajena como si fuera propia o de personas distintas del verdadero autor o autores.

Hay que destacar, que la falta de registro de la obra del autor no perjudica que éste pueda gozar en el ejercicio de sus derechos morales y patrimoniales, es decir el autor no requiere formalidad de registro para que su obra pueda ser reconocida como tal y pueda gozar de sus derechos, tanto morales como patrimoniales. Sin perjuicio de lo anterior, no obstante la Oficina Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos establece regulaciones para actos y formas de constitución de derechos generados del derecho de autor y derechos conexos. Registrar la obra da mayor seguridad para su protección, pero no es requisito esencial para el reconocimiento de sus derechos patrimoniales y morales (art. 131).

Las sanciones indicadas arriba se agravan:

- Cuando la obra de que se trate no está destinada a la divulgación, o con atribución falsa de su paternidad, con deformación, mutilación u otras modificaciones que pongan en peligro el decoro o la reputación del autor. La pena se aumentarán en una tercera parte.
- Cuando la persona que comete la infracción fuera comerciante, se ordenará la suspensión de la actividad, sin perjuicio de la responsabilidad civil. El juez podrá imponer al responsable, multas de tres mil córdobas a veinticinco mil córdobas, de acuerdo a la gravedad de la infracción.
- Las imprentas y empresas que se dediquen a actividades similares, no podrán realizar trabajos de impresión, reproducción de etiquetas, portadas y material necesario para difusión de obras y fonogramas, sin la autorización del titular del derecho.
- También indemnización pecuniaria, que el infractor deberá pagarle al ofendido por la violación, como mínimo será igual al precio de venta de un ejemplar legítimo multiplicado por un número de copias ilícitas que hubie-

ren sido incautadas. En todo caso, el monto no será inferior al valor de 100 ejemplares (art. 110).

Los requisitos para la tutela penal:<sup>5</sup>

- a) Que se trate de una obra protegida, por aplicación de los principios generales sobre la protección de las obras.
- b) Que la utilización no se haya efectuado al amparo de una limitación del derecho de autor o de los derechos conexos.
- c) Que el plazo de protección se encuentre vigente, es decir, que no se haya extinguido el derecho.
- d) Que la conducta del agente se adecúe a una figura típicamente incriminada.
- e) La existencia de dolo en el agente.
- f) El ánimo de lucro no es un elemento constitutivo de las figuras delictivas contra el derecho de autor y los derechos conexos, excepto cuando la norma que tipifica el delito lo exige expresamente (por ejemplo, en la Argentina el Código penal contempla artículos referidos a distintas formas de piratería fonográfica).

Radaelli y Mouchet<sup>6</sup> señalan que, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia francesas, para que exista un ataque contra los derechos intelectuales deben encontrarse reunidos los cuatro elementos siguientes:

- 1º. Que se trate de un derecho de propiedad literaria o artística.
- 2º. Que ese derecho haya sido ejercido (no es necesario demostrar perjuicio)
- 3º. Que ese derecho haya sido ejercido por una persona que no es el verdadero sujeto del derecho.
- 4º. Que el derecho de que se trata haya sido ejercido sin consentimiento de aquel que es el verdadero sujeto.

---

5 Delia LIPSZYC, *Derecho de Autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993. p. 553.

6 MOUCHET, C y RADAELLI, S.A., *La nueva Ley de "Propiedad intelectual". Naturaleza de los delitos contra los derechos intelectuales*, Buenos Aires, Ed. Claridad, 1934. Obra citada por Delia LIPSZYC, *Derecho de Autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993. p. 554.



## V. Procedimientos de observancia según los acuerdos ADPIC

Para la protección de los Derechos de Autor y derechos conexos, no debe verse la Ley N° 312 de manera aislada frente a los instrumentos internacionales de la materia. Todo lo contrario, el intérprete (abogado, juez, defensor, fiscal, procurador) debe tener en cuenta los mismos, ya que estos textos vinculan o complementan la protección de estos derechos. En relación a la naturaleza de procedimientos de observancia que establece los Acuerdos ADPIC,<sup>7</sup> hace referencia a procedimientos judiciales y administrativos. La ley N° 312, siguiendo los lineamientos de los Acuerdos de los ADPIC establece procedimientos civiles y penales, en el hecho de establecer sanciones para quien infrinja o viole los derechos de autor y derechos conexos.

Esta necesidad que se fundamenta en el hecho de que la actividad ilícita no sólo ocasiona daños al titular del derecho, sino que también causa perjuicios a la economía, al nivel de empleo y a la posición internacional de los Estados. Es por ello, que el art. 61 de los Acuerdos ADPIC establece que los miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería, tipifica como delitos la falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial.

La Ley N° 312, es más amplia en su regulación, que lo que establece los Acuerdos ADPIC, en el sentido que prevé como delito las violaciones a los derechos morales de los autores (paternidad e integridad de la obra); los derechos patrimoniales o económicos del autor (reproducción, traducción, adaptación, comunicación y distribución); los derechos de fijación y reproducción de los artistas intérpretes o ejecutantes; los derechos de reproducción y distribución de los productores de fonogramas; y los derechos de fijación, retransmisión y comunicación de los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones protegidas) (art. 106). En cambio, no se prevé en la ley acciones administrativas por infracción de derechos de autor y derechos conexos, en comparación con otras legislaciones.

---

7 Acuerdos sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.1994.

## VI. Problemática nacional

La Ley N° 312 ha venido a regular esta actividad en varios sectores. Las empresas de cable como se conocen comúnmente, progresivamente legalizan sus transmisiones con las empresas internacionales, a través de licencias para poder brindar el servicio de televisión por cable, cumpliendo los requisitos establecidos en el registro en la Oficina de Derecho de Autor.

Todo indica que la reproducción de casetes y CD musicales ha disminuido, pero no desaparecido, con la entrada en vigencia de la ley y las gestiones que la Dirección de Registro de Propiedad Intelectual ha venido realizando. Sin embargo, la venta de producto pirateado de los casetes y CD, sea controlada o no, continúa activa en el mercado local.

La cuestión se agrava si tomamos en cuenta que el avance de la tecnología ha permitido que las reproducciones ilícitas tengan una mayor fidelidad en su calidad con los CD, y el consumidor no aprecie diferencia alguna entre ambas, optando, por supuesto, por la plagiada que significa menos onerosa.

Por otra parte, la reproducción de textos enteros o capítulos de obras, no se ha visto alterada su reproducción ilícita. Esto se da generalmente en las Universidades y Centros de enseñanzas que ofrecen cursos al público, y cuyo material didáctico que ofrecen son (con fin comercial), en muchas ocasiones, capítulos completos de obras fotocopiadas, sin la autorización de su autor.

En el aspecto procesal desde que la Ley N° 312, entró en vigencia, los Juzgados Civiles de Distrito del país, no han conocido de causas sobre Derecho de Autor, ni de petición de medidas de productos que están protegidos por el derecho de autor. Los hay en Propiedad Industrial, en los temas de marcas, patentes, entre otros.

La "piratería" de obras y productos culturales es la conducta antijurídica típica contra el derecho exclusivo de reproducción y consiste en la fabricación, venta y cualquier forma de distribución comercial, de ejemplares ilegales (libros e impresos en general, discos, casetes, etc.) de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de éstas, de programas de ordenador y de bandos de datos. Esta acción, se practica especialmente con libros de texto escolares, obras técnicas y científicas y *best sellers* de literatura, grabaciones de obras musicales, obras audiovisuales, programas de ordenador y bancos de datos.

Esta actividad ilícita afecta tanto al autor como al editor (cuando se trata de obras literarias y artísticas) y a los titulares de los derechos conexos (cuando

se trata de fijaciones de interpretaciones o ejecuciones protegidas, de fonogramas protegidos y de emisiones de radiodifusión protegidas). También perjudica a los trabajadores de las industrias culturales, pues al desplazar la venta de productos legítimos causa un impacto recesivo en la producción; y afecta al Estado, porque los piratas realizan sus actividades, al menos parcialmente, en forma marginal. Quienes practican esta actividad suelen defenderse argumentando que sus productos posibilitan el acceso a sectores más vastos que de otro modo no pueden acceder a ello. Pero, aun cuando los ejemplares piratas se vendan a menor precio, no es el resultado de su esfuerzo, sino de su actitud *parasitaria*; si hay obras que piratear no es gracias al trabajo del pirata sino a personas que crean o producen obras intelectuales. Los piratas no aportan nada a la creatividad nacional, por el contrario, destruyen las bases de la industria local y tienen una influencia perjudicial en las relaciones de esta última con los editores y productores extranjeros.<sup>8</sup> ❖

---

8 Delia LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO/CER-LAC/ZAVALIA, 1993. p. 560 y ss.



Criminología

III



# Criminología y sociedad<sup>1</sup>

Elías Carranza

Director ILANUD

Somos partícipes, en nuestra región, y en el mundo, de un cambio social en el que deben congeniar dos signos antagónicos: Por una parte, el cambio se caracteriza por la globalización y transnacionalización de las comunicaciones, la cultura, las economías, el delito, y los sistemas de justicia (con la creación de los tribunales penales internacionales y el reciente Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional); por otra parte, el cambio se caracteriza por un reafianzamiento de las autonomías, de lo local, de las culturas nacionales, de los gobiernos municipales, de las policías municipales como brazo de ellos.

Lo nacional, los gobiernos federales y los organismos internacionales –comenzando por las Naciones Unidas, y entidades como INTERPOL en el caso de las policías– son imprescindibles para lidiar con la criminalidad transnacional organizada. Por su parte lo local, los gobiernos locales, las comunidades, y las policías municipales son muy importantes cuando lidiamos con la criminalidad ordinaria en procura de la llamada “seguridad ciudadana” o “seguridad de los habitantes frente al delito”, como preferimos decir nosotros (ya que hay derechos fundamentales –como es el caso del derecho a la seguridad frente al delito– que corresponden no sólo a ciudadanos y ciudadanas, sino a todas las personas que habitan –aunque sea accidentalmente o de paso– en cualquier país del mundo.<sup>2</sup> Cabe advertir que esta distinción no es tajante, y que existen vasos comunicantes entre lo transnacional y lo local en la comisión de ciertos delitos, y también en las acciones exitosas para su prevención y sanción.

---

1 Conferencia pronunciada en el IX Congreso Nacional de Criminología Reynosa, Tamaulipas, noviembre 17, 2001.

2 CARRANZA, Elías. “Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles”. Siglo XXI. México, 2001 Pág. 24.

Tenemos democracias recientemente instaladas en nuestros países de América Latina. Éstas son centenarias. Por lo general son democracias de apenas dos décadas, en algunos casos de un poquito más; y hay necesidad de afianzarlas, necesidad de que no sean solamente democracias políticas que se limiten al ritual del voto electoral, sino que sean democracias participativas, en las que en toda la medida posible la ciudadanía participe activamente en los asuntos que le competen. Y los municipios son los lugares naturales de participación directa de la ciudadanía.

Y si los municipios cumplen verdaderamente con su misión, las policías municipales tienen la posibilidad de ser las policías con un conocimiento más directo de las necesidades de las comunidades en materia de prevención del delito y seguridad de los habitantes, y por tanto las más efectivas, y las de mayor transparencia.

No ha habido, sin embargo, aún, un verdadero desarrollo de los municipios y de las policías municipales en la región. El modelo que en general ha caracterizado a la región es el de la policía borbónica, centralizada, heredado de la colonia, útil para concentrar la información y para uniformar la ejecución de las políticas a nivel nacional y para actuar en materia de criminalidad transnacional, y en sus orígenes para facilitar el control por parte de la metrópoli; pero insuficiente para detectar los problemas reales a nivel local, y para servir a las comunidades en su resolución, haciéndolo con eficacia, eficiencia y transparencia, siendo sus miembros designados y pagados por las comunidades mismas, y respondiendo directamente ante ellas. Y en los casos en que existen municipios y policías municipales fuertes, por lo general no se ha logrado aún la activa participación necesaria de las comunidades en las funciones de gobierno y policía. Es decir, a nivel municipal se reproduce el sistema vertical de los gobiernos nacionales.

Preguntémonos: ¿Cuál es el estado de la cuestión en materia de criminalidad y de seguridad frente al delito en América Latina?

La información disponible confirma que ha habido un notable deterioro en el curso de los últimos años. Es uno de los efectos sociales negativos de la globalización.

Hay elementos que podríamos denominar “nuevos” en materia de criminalidad—utilizando la palabra con cierta prudencia, ya que ninguno lo es totalmente—: Uno es la transnacionalización de algunos delitos, que son cometidos por personas que integran grupos de “criminalidad organizada transnacional” (en la terminología de la reciente Convención de las Naciones Unidas); otro, es las nuevas modalidades tecnológicas de comisión de ciertos delitos, y concretamente el delito informático. Este último es posiblemente el único ingrediente completamente nuevo, si bien ya lleva más de dos décadas en escena.



Al nivel de la que suele llamarse criminalidad ordinaria, –la que afecta más directamente a las personas–, y a la que en mayor medida se hace referencia bajo el tema de “seguridad ciudadana” o de seguridad de los habitantes frente al delito–, la situación es que en todos los países de América Latina y el Caribe en los que durante la década de los noventa pudimos recabar información se registra un incremento en las tasas, tanto de los delitos contra la propiedad como de los delitos contra las personas, y se registran también modalidades de mayor violencia y de uso de armas en su comisión. Un delito que ha crecido inusitadamente en muchos países, entre ellos en México, es el delito de secuestro. En la actualidad Colombia, El Salvador y México son países con cifras muy altas de este delito, que, en mayor o menor medida, se ha extendido por casi toda la región. En Colombia, durante los primeros seis meses del año 2001 se registró el increíble promedio de casi diez secuestros diarios (nueve y fracción). La última modalidad de este delito es el secuestro breve, por términos de horas –el llamado en México “secuestro express”– exigiendo sumas relativamente reducidas de dinero, y con frecuencia utilizando a la misma víctima para retirar dinero por medios electrónicos en los cajeros automáticos.

En cuanto a los delitos sexuales “clásicos” (estupro, violación, abuso deshonesto), también registran incremento, pero la interpretación sería que se trata de un incremento de denuncias, no de la cifra real. Es decir, que estaríamos ante una reducción de la cifra negra u oculta, lo que ocurre en gran medida en razón de los numerosos y en algunos casos excelentes programas de promoción de los derechos de la mujer, de equidad de género, y de promoción de los derechos de la infancia, que suelen tener por objetivo específico justamente promover la denuncia.

Sí se ha determinado que existe un aumento de la criminalidad real en los delitos sexuales cuyo móvil es el lucro y que implican comercio o explotación de mujeres, niños, niñas y adolescentes –proxenetismo y trata de mujeres y menores de edad– aunque lamentablemente estos delitos tienen una gran cifra negra, y su prevención y sanción deja mucho que desear a pesar de su gravedad. El aumento de estos delitos tiene directa relación con la orientación del desarrollo social regional y mundial, y con la desesperada búsqueda de divisas a que los países se abocan por medio del auge del turismo sin controles. El turismo puede constituir una fuente de importantes ingresos para los países de ingresos bajos y medianos (utilizamos la terminología de la clasificación de países del Banco Mundial), pero si tiene un auge repentino, sin una adecuada planificación y control, y en contextos sociales con sectores en situación de pobreza o excluidos, la experiencia es que genera prostitución y explotación sexual de adultos y de menores de edad.

También se registra aumento de otro tipo de delitos, tales como los de criminalidad económica y corrupción, que suelen alarmar en menor medida a la opinión pública, pero cuyo daño social, cifra negra e impunidad son grandes. Sería útil una investigación criminológica sobre este tipo de delitos para verificar si realmente existe un aumento en su cifra real, o si se trata primordialmente de un aumento de denuncia y de un mayor impacto en los medios de comunicaciones de masa. Los gobiernos militares que gobernaron durante tantos años la región se caracterizaron por la delincuencia económica institucionalizada que cometían desde los mismos aparatos del Estado, con alta impunidad y muy baja exposición en los medios de comunicaciones de masa por el riesgo que implicaba la difusión objetiva de la información para el periodismo. A medida que se consolidan los gobiernos civiles, la exposición de los funcionarios públicos ante la prensa es mayor, y, en alguna medida, la impunidad es menor. También ha contribuido a esto la reforma procesal penal que ha ido introduciendo la oralidad y publicidad de los procesos.

Junto a los datos de criminalidad es necesario considerar los datos de la percepción de este fenómeno por parte de la opinión pública, que en las encuestas lo ubica en los primeros lugares. Esta percepción se ve retroalimentada a su vez por la difusión con frecuencia sesgada de la noticia por parte de los medios de información, que la explotan comercialmente por su valor de mercado. Otra retroalimentación se produce con la utilización no siempre responsable de la noticia, que hacen los medios políticos que buscan respuestas de corto plazo que incidan en el electorado, aunque a veces esas respuestas de corto plazo multipliquen o agraven los problemas, y más que una prevención del delito lo que se logre sea su promoción por medio de respuestas equivocadas.

A esta altura, hay que notar que en materia de criminalidad transnacional organizada la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó recientemente la convención que lleva por título justamente *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, con tres protocolos: uno *contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*, otro *para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, y otro *contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*.<sup>3</sup> La Convención y los dos primeros protocolos fueron aprobados por la Asamblea General y suscriptos por los paí-

---

3 NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Resolución aprobada por la Asamblea Nacional, A/Res/55/25. (2000)

ses en una reunión especial realizada en Palermo en diciembre del 2000. El tercer protocolo –sobre armas de fuego– tuvo la misma suerte pocos meses después, y en la actualidad la Convención y sus protocolos se encuentran sujetos a la ratificación por parte de los países, requiriéndose 40 ratificantes para que entre en vigor.

La criminalidad transnacional que intentan reprimir los tres protocolos es una criminalidad que afecta especialmente a países en vías de desarrollo de todas las regiones del mundo, y que tiene estrecha relación con otras graves formas de criminalidad ordinaria que antes hemos nombrado. Por su parte, algunos párrafos de los protocolos señalan expresamente que son instrumentos hechos para la protección de las víctimas y no para su perjuicio; así, por ejemplo, el protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes dice que *Los Estados Parte (están) ... convencidos de la necesidad de dar un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos y que Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas*. Sin embargo, hay que notar con preocupación que las medidas que limitan y penalizan las migraciones internacionales aumentan el riesgo de las personas de los países de bajos ingresos que, con desesperación, procuran trasladarse a los países en los que pueden encontrar trabajo y sustento para sí y para sus familias. En los últimos meses la prensa internacional ha mostrado varios casos en los que cientos de migrantes han muerto asfixiados, ahogados y asesinados tratando desesperadamente de llegar a sus países de destino. En un mundo en el que se ha dejado librado al solo juego del mercado el comercio y todos los factores de la producción, menos el factor trabajo, el resultado ha sido un mayor empobrecimiento de los países pobres, y que los trabajadores y trabajadoras traten de encontrar empleo en los lugares en los que éste existe.

La pregunta que nos formulamos sobre el estado de la criminalidad en la región deberíamos completarla con otra pregunta sobre la situación y funcionamiento de los sistemas de justicia penal y su grado de eficacia.

Durante la última década se inició un gran movimiento de reforma procesal penal introduciendo el sistema acusatorio, oral y público en sustitución del sistema inquisitivo (secreto y escrito). Ya antes, en la década de los ochenta, había comenzado también la reforma de la justicia penal juvenil introduciendo las garantías penales y procesales conforme lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

En virtud de estos cambios –aún inconclusos y con grandes dificultades en su implementación en casi todos los países– se está logrando mayor transpa-

rencia y se avanza lentamente hacia una justicia más pareja. Las encuestas de opinión en los países, sin embargo, aún exhiben que la percepción ciudadana sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia penal (particularmente sobre la policía y el poder judicial) es mala, y en muchos países muy mala. La población percibe altos niveles de corrupción, percibe también burocratización e impunidad para con los delitos de los poderosos, y la información de las encuestas es corroborada por la información dura de muchos países que determina que tales percepciones negativas son correctas y que, además, existen problemas graves de saturación de los sistemas judiciales por sobrecarga laboral y gran mora en la resolución de las causas.

Es decir, debemos reconocer que, como apreciación general en la región, el funcionamiento de la justicia penal es malo. Pero ello no quiere decir que no funcione, y que no funcione encerrando mucha gente, indicador con el que con frecuencia suele medirse su funcionamiento.

El dato más revelador sobre la forma de funcionamiento de los sistemas de justicia penal y sus resultados es, sin duda, el penitenciario: No hace mucho medimos en el ILANUD las tasas de presos y presas de 28 países de América Latina y el Caribe, desde 1992 hasta el año 1999, y se observa un crecimiento penitenciario generalizado e ininterrumpido en todos ellos. La mayoría de los países elevaron el número de sus presos y presas en más de un 50%. Algunos en un 100%, o más. Parte de dicho crecimiento se explica por el paralelo crecimiento vegetativo del número de habitantes de los países, el que en América Latina es muy alto. Pero entre el 80 y el 90% del crecimiento tiene su explicación en el mayor uso de la prisión, en el crecimiento de las tasas de encierro, porque los países –aunque sin resultados positivos– recurren a dosis cada vez mayores de justicia penal y de prisión para detener el aumento del delito. Poniendo como ejemplo el caso de México, en 1992, con una tasa de 102 personas presas por cada cien mil habitantes teníamos 87,723 personas presas; en 1999, con una tasa que había crecido a 143 por cien mil, había ya 139,707 (pasó de algo más de 87,000 a casi 140,000). Similar es el caso de los otros 27 países de la región de los que tenemos datos.<sup>4</sup>

Como vemos, las crecientes dosis de justicia penal que vienen aplicándose son ineficaces para detener el delito. La sola justicia penal resulta insuficiente para confrontar un problema que no es sólo penal, y que tiene relación con el modelo de desarrollo internacional existente. No podría ser casualidad que el

---

4 CARRANZA, Elías. "Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles". Siglo XXI. México, 2001 Pág. 24.

incremento delictivo se manifieste por igual en todos los países de la región, y que también en todos los países se manifieste un crecimiento acelerado, –aunque ineficaz– del uso de la justicia penal y la prisión.

Se requieren respuestas sociales integrales, no sólo penales, que contengan, como parte de ellas, una dosis razonable de justicia penal, justa y severa en los casos en que sea necesario, y pareja –distribuida sin impunidad– sobre todo en los casos de criminalidad grave. Pero la justicia penal es sólo parte de la respuesta, y una parte que llega *a posteriori*, como castigo, cuando el delito ya ha sido cometido.

Para lograr vivir con menos delito y con mayor seguridad, alcanzando una mayor calidad de vida, se requieren respuestas integrales, que sancionen en los casos en que corresponde, pero que también reduzcan el número de las infracciones penales cometidas.

¿Cómo lograr sociedades con menos delito, y con menos violencia?

La pregunta no es fácil de responder, y menos con respuestas breves, o efectistas, ya que la realidad es compleja, y los problemas penales son problemas en los que inciden muchos factores, y que ojalá pudieran resolverse con el solo dictado de nuevas leyes penales. Pero no es así. Más aún, creo que deberíamos ser realistas en prever que el futuro de corto y mediano plazo en materia de criminalidad y justicia penal en los países de la región en general continuará empeorando, y hay que estar preparados para ello.

Decimos que casi con seguridad en el corto y mediano plazo la situación de la criminalidad continuará empeorando, porque sería difícil que las tendencias actuales se revirtieran sin que hubieran cambiado las condiciones sociales de base, que son muy negativas, y promueven el delito.

¿A qué condiciones nos referimos?

En general se observa que las sociedades más equitativas, es decir con una distribución menos despareja del ingreso y del bienestar son sociedades con menor criminalidad y violencia, y viceversa, las sociedades muy inequitativas, con una distribución muy desigual del ingreso y el bienestar son sociedades con mayor delito y mayor violencia, además de tener también otros graves problemas sociales. Y nuestros países de América Latina tienen una muy inequitativa distribución del ingreso, situación que, como indican los últimos informes de CEPAL y del Banco Mundial, tiende a agudizarse, y no a mejorar.

Por otra parte, y en relación con lo que acabamos de decir, se ha verificado con mediciones rigurosas en varios países industrializados, que se da una relación inversa entre el número de los delitos contra la propiedad y el consu-

mo per cápita: a mayor consumo per cápita, menos delitos contra la propiedad, y a menor consumo per cápita, más delitos contra la propiedad. Esto ha sido rigurosamente verificado en un estudio del Home Office (Ministerio de Gobierno de Gran Bretaña) con información de Inglaterra y Gales, Estados Unidos, Francia, Alemania Occidental, Japón y Suecia.

Pues bien, la nuestra es una región con una muy inequitativa distribución del ingreso –situación que tiende a gravarse– y con grandes grupos humanos en situación de exclusión social con muy reducida capacidad de consumo. El informe CEPAL 2000 titulado “La brecha de la equidad. Una segunda evaluación” es clarísimo sobre esto. Dice casi textualmente que si bien durante la última década se registró una disminución de la pobreza en el conjunto de la región, ese mejoramiento no alcanzó a reducir el nivel alcanzado en 1980 al inicio de la década perdida, y que tanto en números absolutos como porcentuales continúa habiendo más pobres en el 2000 que en 1980. El informe señala que entre 1980 y 1999 la población urbana en situación de pobreza más que se duplicó, creciendo de un total cercano a 63 millones a una cifra que supera los 130 millones, y que este hecho da cuenta del descenso de la calidad de vida en muchas ciudades de América Latina en las dos últimas décadas (p. 27). En términos absolutos el número de latinoamericanos y caribeños en situación de pobreza es hoy más alto que nunca: 224 millones.

En cuanto a la distribución del ingreso, el informe indica que persisten elevados niveles de desigualdad y varios países presentan grados de concentración que se encuentran entre los más elevados del mundo ... La desigualdad ha tendido a mantenerse en niveles altos en la última década incluso en países donde se han logrado tasas significativas de crecimiento económico ... el empeoramiento de la distribución del ingreso en períodos de crisis ha sido su característica más saliente desde fines de la década de los setenta ... y el único país en el que se registró desconcentración del ingreso fue Uruguay (p.51), en todos los otros países de la región la situación empeoró o se mantuvo con la misma inequidad de distribución.

Esto debe verse a su vez dentro de un contexto mundial en el que –como señala el último informe 2000/2001 del Banco Mundial titulado *Atacando la Pobreza*– “El promedio del ingreso en los 20 países más ricos es 37 veces más alto que en los 20 países más pobres; una brecha que se ha duplicado en los últimos 40 años”.<sup>5</sup>

---

5 WORLD BANK. World Development Report 2000/2001. *Attacking Poverty*, Washington, 2000. Pág. 3.

Lo que estamos viendo es que a lo largo de los años se agiganta la inequidad de la distribución internacional del ingreso, y se agiganta también la inequidad de la distribución al interior de los países de América Latina.

No debemos hablar de una relación directa entre pobreza e inequidad y aumento de la criminalidad, y cabe recordar que no existe una única teoría que dé cuenta de todas las formas de criminalidad para todos los sectores sociales en todo momento, sino múltiples teorías que explican porciones de la realidad, pero los efectos de la economía globalizada neoliberal en materia de criminalidad están a la vista.

La investigación del Home Office que comentamos, correlacionando las dos variables consumo per cápita y delitos contra la propiedad, viene a complementarse con otras explicaciones, más detalladas o específicas, que también aportan muchas luces a lo que está pasando en la región.

Una de estas explicaciones, que mantiene mucha vigencia, es la que lanzó Robert Merton en los años cuarenta para muchos delitos contra la propiedad (y que por cierto utiliza para su análisis el informe de CEPAL al que hacíamos referencia). La explicación se basa en dos elementos principales: i) en nuestras sociedades contemporáneas existen objetivos que son los mismos para todas las personas de la sociedad en su conjunto (en esto juegan un importante papel los modernos medios de comunicaciones de masa); pero, ii) existe a su vez un diferente grado de acceso a los medios que permiten alcanzar tales objetivos (una marcada inequidad en la distribución del ingreso que, en el caso de América Latina bloquea a grandes sectores de población la posibilidad de acceder a tales objetivos). Cuando esta situación ocurre en gran escala o de manera generalizada en una sociedad —que es lo que viene ocurriendo en América Latina y el Caribe desde hace más de dos décadas— se presenta la que Merton denominó situación de anomia, en la que muchas personas comienzan a brincarse las reglas establecidas considerando que son ineficaces o ilusorias para alcanzar los objetivos que cada vez más imponen, con frenesí, los medios de comunicación masivos.

Sobre esta situación de fondo se insertan otras variables que agravan el panorama de la criminalidad en la región y que elevan los niveles de violencia. Por razones de tiempo enunciaré sólo una, por su importancia: las armas de fuego. Se ha comprobado en países de América Latina que las tasas de homicidios crecen en relación directa con el número de muertes producidas

por armas de fuego.<sup>6</sup> Las armas de fuego son un gran negocio, y su venta se promueve como un medio personal de prevención del delito, pero en los hechos multiplican la violencia y los casos de lesiones y homicidios. Lamentablemente, las legislaciones en la materia son cada vez más permisivas, facilitando su tenencia y portación. Los Estados van reduciendo su capacidad de control del delito y su monopolio del uso de la fuerza, y van transfiriendo esa función a los habitantes mismos, con los resultados que están a la vista.

Sin embargo, la evidencia indica que los países que tienen las legislaciones más restrictivas en materia de tenencia y portación de armas son, a su vez, los que tienen las tasas más bajas de homicidio en el mundo.

Habría que tender, –en muchos países sin duda por medio de pasos graduales– al ideal de que las armas de fuego estén exclusivamente en poder de la policía uniformada. En el caso de México, ciertamente, debería avanzarse por medio de pasos muy graduales y cuidadosos, ya que es un país en el que, desde hace cientos de años, se ha ido desarrollando una cultura muy arraigada de la posesión y el manejo personal de las armas de fuego, y eso no se cambia de la noche a la mañana.

La importancia de detectar variables específicas, como las armas de fuego, es que se puede incidir en ellas, produciendo resultados significativos en materia de prevención.

Ahora bien, la grave situación del delito que hemos descrito no debería conducirnos a la inacción. Tampoco debería conducirnos a propiciar respuestas precipitadas o irresponsables, que en definitiva contribuirían a agravar el panorama o a aumentar el gasto público sin resultados positivos. La realidad regional puede ser modificada. No será fácil hacerlo, y menos en el corto plazo, pero tenemos que trabajar para ello.

Al comienzo hicimos una distinción entre delincuencia transnacional organizada y delincuencia convencional. En lo que sigue nos referiremos primordialmente a esta última, por cuanto queremos contribuir a responder a la pregunta de qué podría hacer la sociedad civil, las comunidades, y sus policías municipales en las modalidades conocidas como “policías comunitarias”, “de proximidad” o “de barrio”. Y las comunidades pueden tener una participación muy positiva, sobre todo –aunque no exclusivamente– en el marco de la criminalidad convencional.

---

6 CARRANZA, Elías. “La ley de armas y la violencia en Costa Rica”, en CIENCIAS PENALES, revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 12, noviembre No. 18, San José.



Posiblemente el orden lógico de la pregunta debería comenzar por interrogarnos ¿Qué papel debería corresponder a los municipios?, ya que las policías municipales son el brazo policial de éstos.

El potencial de los municipios y de las policías municipales en materia de prevención del delito es muy grande, aunque ha sido hasta ahora escasamente desarrollado en América Latina. Existen sin embargo una serie de experiencias valiosas en la región, en varios países.

Sin duda el origen contemporáneo de la prevención municipal del delito tuvo lugar en Francia en 1982 con el famoso informe Bonnemaïson, a partir del cual se crean los Consejos de Prevención del Delito (Consejo nacional [luego sustituido por la Delegación Interministerial de la ciudad y el desarrollo social urbano], consejos departamentales y consejos comunales o municipales), modelo que, con variantes, se extiende por Europa a través del Foro Europeo para la Seguridad Urbana, y que también tiene cierto impacto en países de América Latina.

Los consejos municipales son la base del dispositivo, y, presididos por el alcalde, están integrados por todos los actores que de uno u otro modo están implicados en la política criminal (policía y/o gendarmería, justicia, sistema penitenciario, legisladores, escuelas primarias, secundarias, universidades, iglesias, comisiones vecinales, etc.), funcionando horizontalmente con el sistema que los franceses denominaron “de partenariado”, discutiendo la situación de la criminalidad y las respuestas que se consideran más realistas o convenientes, y estableciendo de manera innovadora una política criminal pragmática y participativa. Esto último es fundamental, pues contradice la tradición que ha existido siempre en esta materia –muy acentuada por cierto en América Latina– de reservar el monopolio exclusivo del tema a la policía.

La policía continúa teniendo un rol fundamental en el análisis, en la investigación y en la ejecución de las políticas, pero las políticas se determinan con el aporte enriquecedor de los múltiples sectores sociales. Cuando en 1983 el Alcalde de la Municipalidad de Barcelona –Pasqual Maragall– constituyó la comisión *ad hoc* que elaboraría las recomendaciones necesarias para la nueva política de seguridad para la ciudad –políticas que han durado hasta la actualidad– se constituyó la comisión con más de cien profesionales de todos los ámbitos y especialidades que desarrollaron su tarea alrededor de once grupos de trabajo: análisis, menores de edad, enseñanza, administración de justicia, policía, instituciones penitenciarias, drogas, seguridad del comercio, juventud, medios de comunicación y extranjeros. Luego de ello, en 1984, se constituyó de manera permanente el Consejo de Seguridad Urbana de Barcelona, órgano de debate y de discusión sobre las políticas de seguridad a apli-

car en la ciudad. En el Consejo se encuentran representados el Estado, la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento, así como la judicatura, la fiscalía, los servicios de policía del Estado y municipal, los vecinos, los colegios profesionales de periodistas y abogados, las organizaciones sindicales y empresariales, las asociaciones de comerciantes, etc., con un total de 25 miembros.

En el caso específico de México, y aunque es tanto lo que queda por hacer, en el curso de los últimos años se ha venido avanzando en materia de participación de las comunidades en la prevención del delito y en materia de participación y asistencia a las víctimas del delito, y la actual SubProcuradora General de la República, Doctora María de la Luz Lima Malvido ha sido pionera en ambas cosas (Comité, 1999).<sup>7</sup>

Las acciones posibles en materia de prevención del delito suelen clasificarse en:

- acciones de prevención situacional;
- acciones de prevención por medio de la comunidad;
- prevención por medio de la justicia penal;
- acciones de prevención social.

En todas ellas la participación policial, y muy especialmente la de las policías municipales, es de la mayor importancia (o podría serlo, si se crearan, fortalecieran y capacitaran adecuadamente estos cuerpos con las características que hemos venido señalando).

En materia de prevención situacional, las policías municipales pueden ser especialmente efectivas en la prevención –y también en la represión– de los delitos que tradicionalmente afectan la seguridad de los habitantes y su sentimiento de inseguridad (delitos contra la propiedad, delitos contra las personas, y contravenciones en general). Son asimismo esenciales en la prevención y represión del proxenetismo y explotación sexual o maltrato de menores de edad. Igualmente pueden ser muy efectivas para detectar delitos de tráfico de drogas, sobre todo a partir de la detección del tráfico en menor escala.

La razón de la especial eficacia de las policías municipales en estas materias radica en su mayor conocimiento del terreno y en su presencia en él.

---

7 Comité Nacional de Consulta y Participación de la Comunidad en Seguridad Pública. Conceptualización y Plan de Acción 1999-2000.

En cuanto a las acciones de prevención por medio de la comunidad, todo lo que hemos venido diciendo tiene aplicación; muy especialmente, la participación activa de policías y representantes de la sociedad civil en los consejos de política criminal.

Aparentemente, el término “policía comunitaria” surge en Norteamérica, como asimismo en Francia, con una connotación similar, surge la expresión “policía de proximidad”, pero ambas expresiones haciendo referencia a una labor policial que procura establecer las mejores relaciones con la comunidad, con el objetivo de lograr, por ese medio, una mejor prevención e investigación del delito. Pues bien, las policías municipales, si sus integrantes son adecuadamente seleccionados y capacitados, son quienes se encuentran en las mejores condiciones de lograr este objetivo.

En cuanto a la prevención por medio de la justicia penal, debemos decir que ésta se denomina así por eufemismo, ya que actúa *a posteriori* del delito, y por lo tanto no es verdadera prevención en la etimología de la palabra, sino sanción. De cualquier manera, su función es esencial si no hay impunidad, si transcurre corto tiempo entre el delito y la sanción, y si la investigación del delito y la sanción tienen lugar en un marco de respeto de los derechos fundamentales de la víctima y el victimario. También aquí, y en los delitos que antes enunciamos, la labor de las policías municipales puede ser muy eficaz.

Y finalmente, tenemos las acciones de prevención social, o de prevención primaria, como algunos las denominan, las que no son otra cosa que acciones de bienestar social, en materia de salud, educación, alimentación, deporte, trabajo, vivienda.

En nuestros países con grandes brechas de inequidad social, y de sectores excluidos, –pero también en muchos países de alto desarrollo– se denomina prevención social del delito a la labor del Estado en estos ámbitos. Un uso incorrecto o extraño del lenguaje.

Un documento reciente titulado “Prevención del Delito / El Modelo Nórdico” distribuido en Naciones Unidas por el conjunto de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), dice, muy acertadamente sobre esto que: *Los países nórdicos se caracterizan por tener, comparativamente, grandes sectores públicos y bien desarrollados sistemas de bienestar social ... En cuanto a las políticas sociales, éstas son un fin en sí mismas, y no formas explícitas de detener el delito. Combatir la marginalidad, apoyar a las personas vulnerables y asegurar que todos tengan igualdad de oportunidades en materia de educación y de subsistencia son fines en sí mismos. Fuera de los países Nórdicos hay muchos ejemplos de medidas de prevención del delito que coin-*

*ciden con lo que, en los países Nórdicos, constituye sencillamente el trabajo social regular, y es considerado un derecho de los ciudadanos.*<sup>8</sup>

Luego, sigue explicando el documento que en lo que respecta a niños, niñas y gente joven, el objetivo sociopolítico principal es asegurar que tengan las condiciones para desarrollarse todo lo posible, con el mayor bienestar posible.

Es decir, que en nuestros países de América Latina, con grandes sectores sociales en situación de exclusión, y con el 40% de los adolescentes en edad escolar fuera de la escuela secundaria (en la mayoría de los países mucho más), denominamos “prevención del delito” a realizar algunas acciones focalizadas de educación o a brindar algunos servicios sociales de emergencia. Es casi irónico.

Sin embargo, es cierto que una política sería dirigida a hacer cumplir el derecho a la educación mediante el acceso de todos los adolescentes en edad escolar a la escuela tiene también el efecto colateral de reducir el delito, ya que la investigación criminológica ha verificado que las infracciones penales de los adolescentes tienen estadísticamente una correlación inversa con el tiempo que pasan con su familia y en la escuela: a menor tiempo con la familia y la escuela, mayor número de infracciones penales, y viceversa.

En América Latina, región en la que el 42% de la población es menor de 19 años, fortalecer la escuela debería ser un objetivo de política social prioritario. Cómo hacerlo con Estados débiles, y existiendo gran inequidad en la distribución del ingreso, es el desafío, o la antinomia.

Sin embargo hay que hacer el esfuerzo. Y para la realización de una política social de esta naturaleza, nuevamente la activa participación de las comunidades y de las policías municipales comunitarias sería esencial, ya que las acciones deben realizarse en cada barrio.<sup>9</sup>

---

8 THE NATIONAL COUNCIL. “Crime Prevention in the Nordic Context-The Nordic Model, Stockholm. 2001: ¾.

9 Vale citar algunos trozos del acta de conclusiones del último encuentro del Comité de Seguridad y Policía Municipal de la Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas, que tuvo lugar en San José de Costa Rica los días 11 y 12 de septiembre del 2001, con la participación de representantes de las ciudades capitales de Asunción, Barcelona, Bogotá, Caracas (Municipio Libertador), Guatemala, La Habana, La Paz, Lisboa, Madrid, Panamá, Quito, Río de Janeiro, San Salvador, Sao Paulo, San José y Tegucigalpa: *1. La seguridad ciudadana desde la nueva óptica de la gobernabilidad democrática requiere de una mayor participación, consulta y acción de la socie-*

Finalmente, y para terminar, una razón actual más para favorecer un buen desarrollo de las policías municipales es garantizar adecuada seguridad pública frente al excesivo desarrollo de las policías privadas, que crecen frecuentemente sin mayores regulaciones o control, y que acentúan negativamente las diferencias sociales en el medio urbano.

La carencia de un adecuado servicio público de policía promueve la anulación del espacio público como espacio de circulación, y la abolición también del principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, del derecho a la seguridad para todos, de la seguridad como un bien público. En efecto, se reserva la policía para la clase media. La policía suele no entrar en los tugurios o villas miseria, ni tampoco en los territorios que podríamos llamar "liberados" dentro de las murallas de los barrios exclusivos, limitándose a las calles por las que circula la clase media. Los ricos organizan su autodefensa, y la delincuencia se desplaza hacia las zonas desprotegidas. E incluso dentro de las fortalezas nadie garantiza que los guardas privados no sean los ladrones del recalcitrante o del indigente que no paga su contribución. Este es un motivo más para considerar el fortalecimiento de los servicios públicos municipales, que brinden una adecuada seguridad a todas y todos los habitantes sin excepción. ❖

---

*dad civil. La convivencia armónica debe ser el resultado de acuerdos, diálogos y pactos entre los ciudadanos y la policía municipal, por medio de los responsables políticos elegidos democráticamente; 2. ...La participación ciudadana, en forma organizada, activa, informada, consciente y autónoma es un factor determinante del éxito de las políticas de seguridad pública en nuestras ciudades. Esa participación, deberá ser necesariamente promovida por los gobiernos locales, impulsando programas de confianza, convivencia y seguridad con los ciudadanos, en especial los jóvenes... 3. La profundización en la aplicación de las metodologías conocidas como "policía comunitaria", "policía de proximidad" o "policía de barrio", que permiten vincular más directamente al policía con el vecino, se consideran elementos muy positivos para la gestión de la seguridad en las grandes ciudades ...*



# **El fin de las utopías y la tentación de reconstruirlas: El duro camino de la criminología<sup>1</sup>**

**Carlos Alberto Elbert**

Profesor de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina

## **I. Introducción**

Trataré de abordar un tema que, estoy seguro, preocupa en buena medida a muchos de quienes se sienten todavía ligados a la necesidad de contar con una Criminología. Me referiré, entonces, a lo ocurrido en ese campo del conocimiento, en las últimas dos décadas del siglo XX, relacionándolo con el corto, pero intenso lapso de tiempo, que estamos viviendo en el inicio mismo del siglo XXI.

Supongo que debo empezar con el interrogante acerca de qué pasó antes y después de la implosión de las utopías en el campo criminológico en los años ochenta. La respuesta es hoy bastante visible: Terminó una base teórica e ideológica común a una gran cantidad de criminólogos de distinta nacionalidad y procedencia disciplinaria; con ello, se perdió también el objeto de la crítica a la sociedad capitalista y a la operatividad de sus modelos de control. Se nos dijo que el estado capitalista tan criticado, se desvaneció al globalizarse, y podemos verificar cómo, en los países periféricos, la noción de Estado

---

1 Ponencia presentada en el I Seminario de Derecho Penal y Criminología, organizado del 15 al 16 de noviembre de 2001, por la Universidad Nacional de La Pampa, Argentina.

pierde significación, poder y autodeterminación. En nuestros países capitalistas del año 2001, el Estado es un rehén de grupos financieros de alta concentración y nos esforzamos en ver cómo salvarlo para que, al menos, preste alguna utilidad que, por ahora, parece estar integrada por puras expectativas.

Volviendo por un momento a los ochenta, recuerdo que, a quienes en aquel momento nos identificamos con la criminología crítica, se nos presentaba un escaso puñado de alternativas de cara al futuro. Yo identifico, arbitrariamente, seis caminos relevantes, de los que entonces se transitaron, ante la crisis de la criminología crítica:

- a) interpretar qué nos había ocurrido
- b) hacer como que nada hubiera ocurrido
- c) cambiar de vereda y asilarnos en una “embajada” (sociología)
- d) pasarnos al postmodernismo con armas y bagajes, sin complejos de culpa
- e) dedicarnos a otra cosa
- f) afirmar que lo que se está haciendo “es lo único posible” en el marco de las actuales circunstancias (el llamado “posibilismo”)

Veamos, someramente, qué dificultades enfrentaron estos enfoques y cuáles fueron los rumbos que recorrieron en el plano de la realidad.

**1.** La tentación de interpretar lo ocurrido a partir de la criminología crítica, con la intención de reactivar o resucitar una actividad comprometida, estuvo orientada por ideas precedentes, pero recicladas como resistencia a la exclusión y afán de cambios sociales capaces de cuestionar el “modelo único”, con la secreta esperanza de que no todo estuviera perdido. Uno de los problemas más evidentes con los que tropezó esta perspectiva ha sido que, en general, (y en particular desde cierta criminología empirista de Europa, muy satisfecha consigo misma) se descalifica, a quienes insisten en formular estos análisis, como “nostálgicos de tiempos pasados”, “técnicamente atrasados” “románticos” o “incapaces de comprender fenómenos tan decisivos como la globalidad y el fin de las ideologías”. A muchos se nos endilga, en suma, padecer de atraso y desubicación histórica, subestimando, mediante un prolijo y piadoso silencio, a los esporádicos intentos de replanteo crítico de procedencia latinoamericana.

La tarea autocrítica y reconstructiva es la que vengo intentando desde los años 90, con la publicación de varios trabajos, objeto de escasa polémica, y bastante ignorados. Pese a tan poca discusión teórica, esa elaboración epis-



temológica me permitió una fructífera labor académica de postgrado en numerosas universidades, tanto en el plano nacional como internacional.<sup>2</sup> Otros intentos similares en América Latina son los de Alicia González Vidaurri y Alejandro Colanzi Zeballos.<sup>3</sup> Debo confesar, también, que mi escasa vocación electrónica me impide conocer, en gran medida, a una novel generación de latinoamericanos que se comunican casi exclusivamente por la Red.

La tarea de interpretar lo ocurrido con la criminología crítica fue dolorosa, porque obligaba a reconocer fracasos, temores, e inseguridades y esto la convertía en un esfuerzo pesado y “poco rentable” en el mercado de las ideas político criminales de vanguardia o de actualidad.

Cabe señalar que también hubo quienes hicieron importantes esfuerzos interpretativos de la criminología crítica, pero para desautorizarla o descalificarla hacia el futuro. Trabajos de suma importancia fueron, en este sentido, los de los Nuevos Realistas y los de Helena Larrauri.<sup>4</sup>

También están, por último, quienes no simpatizaron nunca con la criminología crítica e incluso, se sintieron muy complacidos por su desarticulación, interpretándola como un progreso irreversible ante el arrollador avance de la interdependencia global.

La satisfacción por la muerte de la criminología crítica –que duda cabe– es una postura ideológica de derecha, e incluye a positivistas, posmodernistas y penalistas conservadores. Son corrientes de pensamiento que se sienten, expresa o implícitamente, conformes con la situación actual del quehacer criminológico, en el estado de río revuelto en que se encuentra, apelando desde Lombroso a Nietzsche, para valorar esta etapa como parte del exterminio de los dinosaurios, o sea, de los grandes discursos resultantes de la modernidad o del marxismo.

---

2 Elbert Carlos: *Criminología Latinoamericana. Teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio*. Editorial Universidad, Buenos Aires 1996 (parte primera). Mismo título y editorial, parte segunda, Buenos Aires, 1999. *Manual básico de Criminología*, Eudeba, segunda edición, Bs. Aires, 2001.

3 Ver de la primera “Criminología: vida y movimiento” en el libro *La criminología del siglo XXI en América Latina*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1999, y del segundo “Búsqueda criminológica” Nueva Generación, Editorial de la fundación Siglo XXI, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 1995.

4 Lea, John y Young, Jock “¿Qué hacer con la ley y el orden?” Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. Larrauri, Helena, “La herencia de la criminología crítica”, Ed. Siglo XXI, México, 1991.

**2.** La segunda posibilidad, continuar con lo mismo como si no hubiera pasado nada, se instaló, visiblemente, en Europa, en especial en Alemania y España. Allí se ha seguido, en general, con la producción en serie de investigaciones empíricas, frecuentemente al servicio de organismos estatales de control o mediante convenios con ellos, mirando con recelo y desconfianza los planteos de análisis teórico general o epistemológico. No cabe duda que esta postura es ideal para criminólogos que ejercen un oficio burocrático, recelosos de contextos que puedan opacar la actual apariencia obvia de su especialización laboral. Dentro de este sector, también es dable encontrar prolíficos criminólogos críticos que abandonaron los grandes contextos previos, concentrándose en alguna temática particular, como cárceles, justicia o derechos de algunas minorías, dejando de lado análisis y referencias sociopolíticas generales.

Obviamente, todos estos criminólogos pueden haber tenido una abundante producción, dentro de las limitaciones del marco de referencia general (científico, filosófico o político) que he señalado.

**3.** Otro sector de criminólogos, ante la dura desilusión de la disciplina agonizante, abandonaron el concepto epistemológico de "criminología" para dedicarse a la sociología del control social, sin advertir que estaban asumiendo dificultades epistemológicas peores a las que era dable padecer dentro del campo interdisciplinario anterior. Advierto que esta producción, de aparente coherencia de objeto y método en la superficie, no posee, en realidad, un estado actual de solidez teórica en el marco de una ciencia claramente establecida.<sup>5</sup>

También hay autores que venían trabajando en el campo sociológico, pero dentro del funcionalismo y alejados de la criminología crítica.<sup>6</sup>

**4.** Algunos autores críticos han optado, sin transiciones tras el derrumbe de sus elaboraciones críticas, por el subjetivismo cognoscitivo, que, como puede comprenderse, es una coraza que impide todo debate de ideas y en particular la evaluación de actividades históricamente previas. Un caso notable en tal sentido es el de Lola Aniyar de Castro.<sup>7</sup> También debe recordarse que, en

---

5 Ver en mi *Criminología...* (parte primera) citada, capítulo II.

6 Ver: Silva García Germán: "Criminología: bases para una teoría sociológica del delito", en el libro *La criminología del siglo XXI en América Latina*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1999

7 Aniyar de Castro Lola: "El triunfo de Lewis Carroll", en el libro *La criminología del siglo XXI en América Latina*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1999.

el primer mundo, hubo sectores importantes de la criminología ex-crítica de los Estados Unidos y Europa que se plegaron al postmodernismo, en especial los grupos feministas dominantes allí en los años 90.

En América Latina algunos autores han reivindicado expresamente la postmodernidad, saludándola como la nueva vía del progreso de las ideas, así Delgado Rosales,<sup>8</sup> mientras que otros, como Zaffaroni, merecen una interpretación específica por las variaciones que se constatan a lo largo de su obra.<sup>9</sup>

**5.** Lamentablemente, son muchos los casos de promisorios valores jóvenes de la criminología crítica, en particular de Colombia y Venezuela, que abandonaron la actividad teórica o de investigación, tras la crisis del paradigma crítico. Es posible que la falta de estímulos y la realidad adversa hayan producido un drenaje generacional, dando lugar a que muchos criminólogos se refugiasen en el ejercicio de sus respectivas profesiones.

**6.** En nuestros países periféricos existe también una criminología administrativa, o sea, inserta y ligada a organismos oficiales de control social, que tiende a presentar su tarea como una "Realpolitik". Desde este enfoque, de mucha menor influencia que la de sus similares europeos, suele sostenerse que, el marco democrático por sí mismo, permite alcanzar institucionalmente el contacto con la realidad, o sea, la relación con los problemas que afectan a la gente y a la investigación empírica. Esta actitud colaboradora constituiría un verdadero "compromiso ideológico" o al menos, demostraría que lo que se está haciendo "es lo único posible" en el marco de las actuales circunstancias. Entiendo que, en espacios institucionales tan frágiles y limitados como

---

8 Delgado Rosales, Francisco, "La criminología latinoamericana del siglo XXI: hacia nuevas formas de control social" en Capítulo Criminológico, Vol. 27, 3, diciembre de 1999.

9 Ver la línea evolutiva que se registra en sus trabajos:

- \* Política criminal latinoamericana, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1982.
- \* Criminología, aproximación desde un margen, Ed. Temis, Bogotá, 1988.
- \* En busca de las penas perdidas, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- \* El curso de la criminología, en Capítulo Criminológico, Vol. 27, 3, diciembre de 1999, en conferencias, Pág.151, trabajo al que hemos dado la calificación de postmoderno, en el trabajo compartido con Murillo, Susana, Un análisis crítico de la visión de Zaffaroni sobre el curso de la criminología, en Capítulo Criminológico, Maracaibo, Vol. 28 N° 3, septiembre de 2000, Pág.19. Sin embargo, Zaffaroni critica a la postmodernidad en su posterior Tratado de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, capítulo 9, Pág. 346 y s.s.

los del tercer mundo actual, la criminología administrativa termina elaborando planes para dar seguridad a las clases medias, como *utópico límite* de realización de la participación comunitaria y la solución negociada de conflictos. Ya volveré sobre esta cuestión, que se inserta, al menos tangencialmente, en la vieja disputa de “teoría versus praxis”, ya francamente obsoleta.

## II. El marco histórico actual

Llegados a este punto, se hace necesario ver si la situación histórica que denunciaba la criminología crítica desapareció con la globalización o, en defecto, cuál ha sido su desarrollo. En vista de que algunos –tal vez muchos– intelectuales proceden como si actualmente todo diera lo mismo, como si fuese inútil rebelarse contra la fatalidad de lo dado, como si las injusticias y atrocidades que se van sumando pertenecieran a la naturaleza de las cosas, porque la historia concluyó y el hombre ya no está en condiciones de influir la marcha de los acontecimientos, cabe formular este interrogante: ¿ha cambiado el capitalismo luego del fin de las ideologías? o ¿se transformó en algo mejor?

Interpretar la sociedad vigente se ha tornado un desafío a la imaginación, en especial por la insuficiencia de las categorías explicativas en uso hasta comienzos de esta década, o peor todavía, si se intentan trazar proyecciones de futuro. La desarticulación social presente, los cambios en las tecnologías y los sistemas productivos y financieros, hacen que nos encontremos ante un capitalismo de características totalmente novedosas y en plena expansión. Tal vez ya no se deba seguir hablando de capitalismo, y de allí los neologismos en uso para denominar este proceso: “capitalismo salvaje”, “neoliberalismo”, “economías sociales de mercado” o “globalización económica”, que no hacen sino aludir a un curso económico de temibles proyecciones y consecuencias. Desde el darwinismo social, el capitalismo nunca había sido tan descarnado y voraz en su codicia, ni había arriesgado tanto, convirtiendo al planeta en un casino de inversores inescrupulosos, en el cual las fichas en juego representan países, sociedades, destinos colectivos.

La prioridad en las políticas del Estado la tienen los hombres de negocios, que dictan a los gobernantes las medidas correctas según una lógica de rentabilidad excluyente, conforme a la cual, importan más las cifras que las personas. Como ya se ha adelantado, uno de los efectos más destructivos del actual proceso es el establecimiento de un agudo sistema de exclusión, en primer lugar del trabajo, luego de los servicios sociales y finalmente de la propia sociedad, denominación genérica colectiva que aludía a un ámbito general de repartos, que ya no posee generalidad.

El espacio dominante, de sociedad mínima y hegemónica, merece un estudio particularizado, porque sus pautas culturales, políticas, morales y económicas son la cosmovisión que determina la realidad, desde las leyes hasta los usos culturales, implantadas con una soberbia que se parece sospechosamente al autoritarismo más descarnado. La relación de causa a efecto entre el modelo económico dominante y la marginalidad de grupos sociales crecientes es casi obvia, y surge de factores específicos de un orden mundial cuya fuerza motriz es el modelo neoliberal ya analizado. Pocas veces ha sido tan clara la sentencia de MARX, de que la organización de las fuerzas productivas determina la realidad social, sólo que hoy es preciso adicionar varias novedades: La mayor riqueza no se obtiene de la producción de bienes, los bienes no tienden a satisfacer necesidades reales de la vida material comunitaria, y los desocupados no son el ejército de reserva, sino un mero excedente no aprovechable, deshechos, escoria humana. Se los excluye para no pensar más en ellos, no para reincorporarlos en una curva expansiva posterior del desarrollo capitalista. Lo cierto es que, como dice Rifkin, "el trabajo se acabó", y ahora somos demasiados para alimentar, en condiciones contradictorias.<sup>10</sup>

Un interesante estudio de Villarreal sobre el tema, señala que las formas de dirimir conflictos ya no responden a la clásica división horizontal en clases, sino que ahora se observan cortes verticales, de base más sociocultural que económica, y se verifica marginalidad por razones de sexo, edad, salud, identidad cultural, etc. Este autor atribuye una función disciplinaria a la marginación, para que quienes conservan algún trabajo o fuente de recursos, lo acepten en cualquier condición.<sup>11</sup>

Se diría que la conciencia a la que pueden apelar los excluidos es la de la astucia para sobrevivir sin recursos, en medio de la indiferencia, la anomia, el pesimismo del empeoramiento constante y la fragmentación de los sentimientos solidarios. No van quedando valores que cohesionen, sino apremios que dividen. La conciencia social de quien está excluido de la sociedad es el sentimiento de insignificancia e inutilidad, de falta de futuro, de odio o tal vez de envidia enfermiza hacia quienes tienen lo que se necesita para vivir, o hacia quienes nadan en la abundancia y la exhiben con modales de raza superior.

---

10 Rifkin, Jeremy, "El fin del trabajo", Ed. Paidós, Bs. Aires, 1997.

11 Villarreal, Juan, La exclusión social, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 1996.

De este cuadro de deterioro psicosocial a la violencia y el delito no median más que circunstancias. La desigualdad social y la disparidad en la distribución de oportunidades terminan con las últimas ilusiones sobre un contrato social que sólo convoca a votar, convalidando la constante reproducción del modelo.

La inseguridad que generan estos factores de la realidad abarca tanto lo público como lo privado y en todas las esferas se van imponiendo, como modelos de conducta, la agresividad y el conflicto. Actualmente parece notorio que el estado normal de la comunidad humana es el enfrentamiento y no la cooperación.

Tal vez se pretenda justificar nuestra situación, con el argumento de que América Latina fue siempre un territorio de exclusión, que pese a las coyunturas favorables, nunca se logró alcanzar el modelo de estado social o "providencial" de los países europeos. Nuestra región fue siempre productora de pobreza, como resultado de una tradición histórica, de una cultura de la desigualdad que arranca en las gestas de independencia y de las relaciones económicas subordinadas al intercambio internacional. Sin embargo, los procesos pauperizantes experimentan hoy una aceleración que multiplica la decadencia, alcanzando sectores cada vez más altos de la pirámide social. Esto se aprecia claramente en países como Argentina y Uruguay, que contaron por largo tiempo con clases medias cultas estabilizadas, que incluso reprodujeron generacionalmente sus valores socioculturales. Actualmente, en Argentina, se está cuantificando un crecimiento de pobreza y desocupación nunca vistos en la historia previa, ni siquiera en la crisis de 1930. Un porcentaje altísimo de la población está sufriendo restricciones que afectan su canasta de alimentos y sus posibilidades de acceso a la salud, la educación, la vestimenta y la movilidad. Pero lo más notable es que, ahora, uno de cada cuatro desocupados o subocupados pertenece a la clase media.<sup>12</sup>

La situación vigente ha promovido rápidos cambios psíquicos y morales en los individuos en general, agudizados en los excluidos, que siguen viendo, especialmente por televisión, la versión urbana del mundo ancho y ajeno. Psicológicamente, los individuos en sintonía con el modelo cultural hegemónico necesitan ser consumidores, y, además, ser visualizados como tales, porque consumir es la expresión suprema del ser en la sociedad global.

En grandes sectores de la población, pero muy acentuadamente en las clases medias, se ha producido un vacío de proyectos de vida, en el sentido

---

12 "Clarín", Buenos Aires, 8.9.1996.

prospectivo de la palabra “proyecto”, implicando un futuro, aspiraciones de progreso gradual, relaciones de consideración, de afecto por el modo de vida adoptado.

Un proverbio oriental dice: *No tengas ningún trato con el que padece desgracias*, reflejando una creencia ancestral, según la cual todo fracaso del hombre encierra un sentido moral: el mal debe ser siempre un castigo por los propios defectos. Spencer y sus epígonos dejaron cientos de páginas fundamentando porqué la miseria de los marginados era resultado de su propia desidia y por lo tanto, merecían padecerla.

En nuestra área cultural siempre existió la marginación de conjuntos importantes de personas, e incluso de culturas y etnias, en algunos casos mayoritarias. En muchos de nuestros países, la exclusión se manifestaba o se sigue manifestando en toda su crudeza en el ámbito rural. Los “sin tierra” de Brasil, los pueblos indígenas de México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia y Paraguay son claros ejemplos de segregación campesina, a modo de máxima explotación de productores artesanales reducidos a la supervivencia, en el mejor de los casos. Esta realidad está presente, por supuesto, en este fin de siglo de nuestros países, pero no constituye la impronta característica del momento histórico actual, acaparada ahora por el fenómeno de la concentración urbana.

Distintas proyecciones indican que en el año 2015, el 56% de la población mundial vivirá en ciudades o áreas urbanas. En 1975 la población urbana de países subdesarrollados era de un 26% del total, y en el año 2015 superará el 50%. Para apreciar mejor la velocidad notable de este crecimiento, cabe recordar que en 1950, el 83% de la población de los países subdesarrollados vivía en zonas rurales. Según informes de 1996 de la Organización Panamericana de la Salud, la población rural de América Latina disminuirá en 15 millones en los próximos 30 años, pasando de 121 millones en 1995 a 106 millones en el 2025.

En Brasil, la meta de la migración interior es San Pablo, adonde llegan diariamente miles de nordestinos escapando de la miseria extrema, para sumarse a la vida marginal terrible de esa megalópolis, cuarta en el mundo por cantidad de habitantes. La población paulista aumenta cada año en 250,000 habitantes. Un proceso similar se verifica en ciudad de México, tercera ciudad más habitada del mundo. En Argentina, un país de poca población y mucha superficie, se registran en los últimos diez años corrientes migratorias internas de movilidad súbita, que se concentran en torno a las tres ciudades más grandes: Buenos Aires, Rosario y Córdoba. En cuanto a esta última, se había registrado –ya en 1994– que 1,200 personas por día llegaban a Córdoba para radicarse permanentemente.<sup>13</sup>

Mientras tanto, con relación a 1950, Río de Janeiro, Bogotá y México acrecentaron seis veces su población. En 1950 había en toda América 22 ciudades de más de un millón de habitantes, 15 en América del Norte y 7 en América Latina. En la actualidad son 36 en el norte y 40 en el centro y sur.

La miseria suburbana alcanza, en algunos sitios de América Latina, niveles de pesadilla, con una degradación que empieza en la cadena alimentaria y abarca todas las expresiones de existencia individual y colectiva, conformando una vida cotidiana plagada de privaciones, violencia, alcohol, drogas, prostitución, incesto, promiscuidad y muchos otros dramas.

En la III conferencia de la Red Social de Naciones Unidas que auspicia la OEA, realizada en Panamá en 1996, se declaró que el 40% de la población latinoamericana asentada en las grandes urbes vive en la pobreza, mientras que en las zonas rurales alcanza al 65%. Estas condiciones miserables, están provocando, en el mundo, el mayor desplazamiento de población de todos los tiempos, constituyendo una grave amenaza para la estabilidad política, económica y social de muchos países y regiones.

La migración mexicana alcanza a casi 700,000 personas por año y según Estados Unidos, serían un millón 300 mil los mexicanos que ingresan ilegalmente cada año. El desborde de la cuota inmigratoria de Estados Unidos, favoreció la aprobación por el Senado, en mayo de 1996, de la construcción de una triple verja de metal de tres metros de altura y casi 23 kilómetros de largo, en la frontera con México a la altura de San Diego y Tijuana, a un costo de 12 millones de dólares. La verja tendrá sensores y un enorme sistema de iluminación. También se previó la duplicación de los miembros de la patrulla fronteriza, llevándolos a 10,000 y se acumulan, además, proyectos de legisladores y gobernadores radicalizados, proponiendo medidas como el retiro de nacionalidad, expulsiones masivas, deportaciones, retiro de servicios sociales, etc.

Podrían seguir agregándose datos que nos hablan de un presente desesperanzado y de un futuro angustioso y fuera de control. Por razones de espacio, remito a las estadísticas e informes anuales sobre desarrollo humano del Programa de Naciones Unidas, que causan una impresión deprimente, en particular por el significado de la proyección en el tiempo de tales datos.

En suma, para cerrar este acápite y responder a los interrogantes del principio, podemos decir que el mundo ha empeorado aceleradamente, en un pro-

---

13 "Clarín", Buenos Aires, editorial del 25.11.1994. Para ampliar el tema ver capítulo de mi libro.



ceso implacable y que los países periféricos son víctimas directas y visibles de la aguda concentración financiera planetaria.

Repito la pregunta inicial: ¿ha cambiado el capitalismo luego del fin de las ideologías?, ¿se volvió algo mejor o, por lo menos, algo distinto? Podemos responder, sin hesitar, que cambió profundamente, pero en un sentido tan irracional, que va preanunciando una pronta debacle global. Aquí será preciso, entonces, que nos preguntemos por la actitud a asumir en el campo intelectual, en general y desde la criminología en particular. Doy por sentado que el cuadro de cosas descrito no puede satisfacer a nadie; más aún, que la tolerancia o coexistencia científica con semejante realidad social, se está tornando cada vez más insostenible. Por ello, no vendrá mal recapacitar sobre nuestros recursos teóricos y los posibles caminos a seguir.

### III. El rol de los intelectuales en la hora actual

En la actual situación de crisis del Estado de bienestar, del Estado social, del interés por los temas y las ciencias sociales, es evidente que a una gran cantidad de académicos, científicos e investigadores se les ha restringido mucho la salida profesional; incluso, aquellos que mantienen cierta inserción en aparatos públicos de ciencia e investigación o del control social, suelen atravesar malos momentos, por los salarios y compensaciones alarmantemente bajos. En estas condiciones de semi-exclusión, los profesionales de las ciencias sociales deben colocarse como pueden, sea en la actividad privada, sea ocupando los pocos resquicios que han dejado los restos del Estado y la política.

Nadie puede objetar el ejercicio de la defensa propia de sobrevivir material e intelectualmente en estados empobrecidos y en retroceso, dentro de condiciones adversas en constante deterioro. Como ya dije en tomo I de *mi criminología*, ello no es reaccionario o progresista, bueno ni malo en sí mismo, y para dar un juicio de valor, todo depende de las condiciones y ejercicio de esa inserción. Ejemplo: continuar durante una dictadura militar en el cargo, como si nada pasara y colaborar con las autoridades constituiría una actitud difícil de justificar éticamente. Mas, si puede considerarse legítimo que todos puedan trabajar, otra cosa es olvidarse de los objetivos y las condiciones para las que los cargos se ejercen. En el ámbito intelectual suele incurrirse en el error de estimar a la política criminal como algo abstracto, al servicio de los fines de determinado sistema, en nombre de datos genéricos, como la democracia, por ejemplo, omitiendo explicar cuál es la base de sustentación democrática, cuando se torna, como dije, una mera convocatoria formal de los ciudadanos, sin darles la posibilidad de participar del contrato social impulsando políticas concretas.

Peor todavía es cierta tendencia a identificarse con los objetivos de la tarea profesional, considerándolos como la “meta de la investigación” o el “objetivo lógico y correcto”. Algo así sucede con el peligroso tema de la seguridad pública. Es cierto que crecieron la violencia y los delitos contra la propiedad y que algo debe hacerse; pero la participación en tales planes, dentro de marcos democráticos de gestión encierra el riesgo de legitimación de experiencias que muchas veces apuntan a devolver cierta seguridad psicológica a sectores medios, ignorando al resto de la sociedad.

No basta entonces, con mostrar orgullosos los diplomas de la democracia y la participación, sin admitir la contrapartida de todo lo que se oculta más allá del islote de las buenas costumbres. Puede haber tareas concretas de integración social, pero ellas pueden resultar exageradamente parciales: un barrio, un sector social de clase media con mediana homogeneidad, etc. El verdadero desafío radica en las estrategias sociales de integración general, aún reconociendo que en las actuales circunstancias, algo así sea casi impensable. Y si realmente es tarea dura, allí radica, justamente, la disparidad que debe ser nivelada, que debe convocar al compromiso intelectual de denuncia y resistencia.

Debemos tener presente que, problemas como el delito, ya no son vistos como problemas sociales a resolver, sino como factores de riesgo (abstracto) a controlar. Si los excluidos no tienen valor, *¿qué valor puede tener un excluido que, además, es delincuente?*

Es cierto que la criminología crítica se apartó, en cierto momento, de muchos problemas concretos de la sociedad, pero ahora, paradójicamente, el ensimismamiento en “lo que quiere la sociedad” hace perder de vista a *qué clase de sociedad* se está tratando de consolar y satisfacer. De este problema se deriva la glorificación del empirismo, que es una discusión independiente y plagada de riesgos, ya suficientemente abordada en el curso del siglo pasado en epistemología y en particular, dentro de la metodología. Lo peor es que se podría desembocar, desde allí, en la unión estrecha de pragmatismo con empirismo, que yo definiría como el “soldado sin cabeza”.

Es muy seductora la idea de una “praxis emancipatoria” de que nos hablaban los abolicionistas, siguiendo a Foucault, pero conviene echar un vistazo a la coherencia teórica del abolicionismo y su vínculo (romántico) con la realidad.<sup>14</sup>

---

14 Ver mi trabajo: “Abolicionismo: ¿eclecticismo o integración en la criminología?”, en libro de homenaje al Profesor David Baigún, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

Debe enfatizarse que no se puede congelar a la criminología en el interés por algún experimento social, por democrático y progresista que parezca, en tanto dato exiguo, parcial y seguramente provisional. Hacerlo, sería como festejar la inauguración de una cárcel nueva (sana y limpia) o la asunción del cargo por un funcionario progresista.<sup>15</sup> La fugacidad de lo real, tan cacareada a la hora de subestimar y menospreciar las utopías y la crítica, resulta ser fácilmente ignorada al momento de enamorarse de la propia criatura, elevándola al rango de “creación posible desde la realidad”.

Deseo enfatizar que es correcto ampliar la democracia, los espacios democráticos y las experiencias de progreso y mejora social, por mínimos que parezcan. Pero de ello no puede deducirse que cada uno de estos gestos aisladamente o en conjunto, permitan hablar de una criminología, porque ésta no es un recetario de actividades prácticas ni tampoco se identifica con alguna gestión política ni puede desentenderse de la totalidad de lo social, que, como se dijo, es siempre transitoria. En tal sentido, he afirmado que la criminología no se sujeta ni siquiera a cambios revolucionarios, porque tiene sus propias metas que los trascienden. Un ejemplo interesante en este aspecto, es el de la defensa política que algunos criminólogos cubanos hacen de la pena de muerte, poniendo en contradicción ideas políticas con objetivos humanitarios.

Volviendo al tema de este punto, cabe decir que en el ámbito capitalista nada ha mejorado y por el contrario, se optimizó la explotación y la destrucción de las culturas precedentes, dejando de lado cualquier consideración ética. De modo tal, aun en democracia, mientras no cambie el modelo, uno podría estar siendo cómplice de algo horrible, haciendo como que trabaja para mejorar el mundo. Las verdaderas preguntas de fondo para evitar tal equívoco, consisten en preguntarse: ¿qué mundo? o ¿cómo mejorarlo con estas limitaciones? Las respuestas posibles se conectan con el interrogante que trataré de responder a continuación.

#### **IV. ¿Qué clase de Criminología reclama el mundo actual?**

Un criminólogo belga que recientemente nos visitó, Ronnie Lippens, se ocupa de un intento por demás atractivo: El de universalizar la criminología tomando en cuenta todas las imperfecciones que son fuente de desilusión, pero que mantienen posibilidades abiertas de comunicación y democracia.

---

15 Ver el desarrollo de este tema en mi Manual, obra citada, capítulo 7.

En un reportaje que se le hiciera en Buenos Aires en octubre,<sup>16</sup> a la pregunta: ¿cree usted que uno de los objetivos de la criminología crítica es dar soluciones a los conflictos sociales? Respondió que sí, por creer que una criminología verdaderamente crítica tiene el deber de analizar los temas de conflicto social, así como de pensar y formular caminos hacia formas más justas de regulación social. Sin embargo, también agregó que ha llegado la hora de que los criminólogos críticos se den cuenta de que la suya es apenas una voz entre muchas otras. Lippens opina que los criminólogos críticos, más que seguir hablándose entre ellos, deberían intentar construir conexiones con los otros grupos, como los “excluidos”, por ejemplo. Sería muy bueno, sostuvo, que en su trabajo, abrieran espacio para que esta gente manifieste sus preocupaciones, intereses y aspiraciones con sus propias palabras. Comparto plenamente estos puntos de vista, porque, según entiendo, con la crisis de la criminología crítica desapareció la utopía de futuro, pero no la crítica a un modelo de estado y particularmente a un sistema, cuestiones sustanciales del análisis crítico. La criminología generó un arma muy poderosa y simple, consistente en poder apreciar el manejo y las funciones político económicas de los modelos de control social formal, desde fuera de los mismos, o sea, desde un NO-compromiso con algún modelo particular. De este modo, la existencia de una criminología capaz de realizar tal tarea, resulta claramente disfuncional a quienes pretenden hacer criminología dentro del Estado, enamorándose de un modelo circunstancial, de los varios que se van sucediendo. Esto fue lo que ocurrió a los Nuevos Realistas ingleses, quienes desarrollaron una propuesta minúscula y transitoria para el modelo de control concreto de un país, que se fue deslizando, como dicen Touraine y Zúñiga<sup>17</sup> en la legitimación de las terceras vías, fórmulas de los viejos socialismos para legitimarse ante el poder financiero, haciendo políticas de centro-derecha. Ciertamente, quienes se suman a proyectos de este tipo, pueden hacer, con buena conciencia, una política criminal “de izquierda”, porque ello implica *poseer sensibilidad social, arrimándose a la comunidad para satisfacer sus necesidades, y calmar sus angustias*. Se legitima, así, la “inserción social” como gestión administrativa del miedo de la gente, para que no termine alejándose de la democracia o busque la justicia por mano propia. Muchos intelectuales, para seguir “produciendo” (existiendo como tales) se adaptan a los límites de lo permitido, de lo que “puede y debe” ser investigado. Por su

---

16 Para Derecho Penal Online, octubre 2001.

17 Zúñiga Núñez, Ariel, “Criminalización de tercera vía, sufrimiento de última generación”, en Derecho Penal Online del 7.11.2001.

parte, las universidades, por la crisis y sus propias limitaciones, ponen fuertes obstáculos a las posibilidades de contar con científicos sociales integrados. Queda muy claro, entonces, que una criminología que desnude la pobreza de esos enfoques, que les muestre sus límites, su complacencia, será una criminología indeseable. Se sostendrá que no existe, que está perimida, que es inviable o incapaz de influir en la sociedad, o se le exigirá que, si quiere hacer algo, “proponga proyectos” para que “pruebe su eficacia”. Por supuesto, los reclamos por mayor “realismo”, el “posibilismo” y la “defensa social de tercera vía”, contribuyen, mal que nos pese, a legitimar y fortalecer el modelo social en curso de ejecución, aunque se lo haga en nombre de las mejores intenciones. De este modo, queda muy claro, también, que se preserva para unos pocos participantes en el reparto de lo posible, al manejo de un saber criminológico “sustentable”.

## V. Algunas conclusiones

Todo lo dicho demuestra que intentar hacer criminología del primer mundo en el tercero, resulta muchas veces patético y estéril. Así lo han demostrado las malas copias tomadas de los nuevos realistas y Tony Blair para consumo interno. Lo cierto es que, en las condiciones locales, cuanto menos criminología cuestionadora se pueda hacer, tanto mejor para la vigencia del modelo social implantado. En el derecho penal ocurren cosas parecidas, mientras se derrumba la teoría del delito y triunfan las soluciones funcionales al modelo. Sin embargo, hay datos que pueden llevar a un cambio repentino –como siempre de empeoramiento– en el tema del control social en nuestra región. Me refiero a lo acontecido en las torres gemelas y a la presente guerra imperial contra el terrorismo, que militariza el tema de la seguridad interior y lo coloca bajo parámetros completamente globales. Parece prematuro pronunciarse sobre la intensidad con que pueden afectar a nuestra región, pero las tendencias fascistas instauradas en el plano interno por el gobierno de Estados Unidos, hacen presagiar momentos terribles para el resto de la humanidad. Esta es la clase de circunstancias que podrían aproximar, en el marco de la realidad, las necesidades de la criminología al uso en los países centrales y las de los países periféricos, aún con nuestra carga de urgentes padecimientos e injusticias sociales. Tal vez ese tipo de coyunturas pudieran acelerar el proceso de búsqueda de una criminología holística, en el sentido que propone Lippens, tras un camino fructífero de búsqueda e investigación universal.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, trazaré un balance provisional, respecto a la necesidad de contar con una criminología y entrever cuál es el rumbo que debería asumir:

1. Nada indica que la tarea de rescate, reformulación y consolidación epistemológica de la criminología haya fracasado o que no haya hecho un aporte positivo, pese a la relativa indiferencia con la que estos esfuerzos fueron recibidos por parte de la comunidad criminológica.

2. Si se logra ponerla en marcha con nuevos proyectos propios, la criminología tiene la obligación de interpretar la realidad de deterioro que posibilita el control social spenceriano implantado en este momento histórico.

3. Deberá estudiarse responsablemente en qué medida la disciplina criminológica que nos impone nuestra realidad, es compatible con la investigación y la elaboración teórica de países centrales. Si no se alcanza una convergencia, se hará apremiante la necesidad de contar aquí con algo como intentó ser la *Criminología de la Liberación*, o sea, una herramienta con fuerte identidad local, pero ahora con alternativas lo suficientemente originales como para enfrentar a la globalización y sus consecuencias.

4. La aguda crisis del derecho penal y de la política criminal indican la urgencia de reforzarlas o cuestionarlas, según los casos, porque en el mundo jurídico penal coexisten diversos idiomas con distintos efectos: No es lo mismo la hegemonía de propuestas como las de Ferrajoli y Zaffaroni, que las que pueden resultar del funcionalismo sistémico o de la Tolerancia Cero.<sup>18</sup>

5. Suponiendo que lo dicho en 3 y 4 sea compartido, la primera misión de los criminólogos es elegir caminos adecuados para una actividad científica consecuente. Plantear la cuestión teoría versus praxis es una alternativa falsa, tanto en lo epistemológico como en lo político. Que lo empírico determine los contextos teóricos es tan absurdo como pretender que las teorías tengan el poder de configurar la realidad.

En ciencia, lo teórico y lo práctico son *inescindibles*, y la criminología, como amalgama de ambos, no “se casa” con un modelo de control de manera definitiva. Puede apoyar hoy lo que rechace mañana, porque si no se comparte un modelo social único, no puede haber tampoco un romance criminológico-político-criminal estable. La criminología que deja de ser crítica, que se conforma con una situación dada, deja de ser criminología y pasa a ser una herramienta funcional a algún interés político particular. El único final definitivo y legítimo de esta disciplina sólo puede producirse si dejase de

---

18 Ver mi ponencia “El sistema penal ante las exigencias del presente”, en el Primer Encuentro argentino de Profesores de Derecho Penal, Santa Fe, septiembre de 2001.

existir el control formal. Por estos motivos, por las limitaciones de la tarea, su complejidad, y la pluralidad de vías de acceso al conocimiento, no parece una tarea simple ni pacífica la de hacer criminología, y es posible que muchas deserciones de este campo se deban a las dificultades a enfrentar. No parece tampoco que la obra criminológica a realizar sea posible por el hallazgo interpretativo de algún individualismo providencial, sino que resultará, seguramente, de una laboriosa construcción interdisciplinaria.

**6.** Antes de suscribir propuestas interesantes como la de Lippens, es preciso evaluar si el deterioro de nuestras sociedades no torna inviable las posibilidades de analizarlas como un todo de pertenencia común.

**7.** No debemos perder de vista que la búsqueda del cambio –por lo menos de funcionamiento– del actual sistema no es un objetivo revolucionario ni la pretensión de tomar el palacio de invierno para hacernos del poder. Es, apenas, un requisito indispensable para neutralizar los efectos de una filosofía tecnocrática, inhumana y fanática, que está llevando la humanidad, a gran velocidad, camino al precipicio.

Para concluir, a la pregunta ¿tiene futuro la criminología? Respondo que sí, que creo que debería ser el aquí delineado, o sea, en modo alguno apto para la clarividencia ni para la ingenuidad. ❖





# Manipulación genética y política criminal

Alfredo Chirino

Profesor de Derecho Penal

Universidad de Costa Rica

## I. La “revolución genética” en el mundo de hoy

Los sucesos que hemos presenciado en los últimos años en el ámbito de la genética, ya nos tienen azorados. Ya no basta referirnos a la problemática de la genética con el sugestivo apelativo del “ataque de los tomates asesinos”. Hoy por hoy, el problema más complejo de la revolución científica no está en los alimentos genéticamente modificados, sino en lo que ya podemos hacer con nuestro legado genético, en las transformaciones que podemos introducir en las complejas interacciones de las bases químicas que definen lo que somos.

Probablemente estamos a las puertas de descubrir cuáles de esas interacciones definen nuestra forma de ser, nuestras apetencias, debilidades y fortalezas. Algunos sueñan ya con develar el secreto de la criminalidad y, por qué no, el problema de nuestras limitaciones biológicas, de nuestras enfermedades y de nuestras escogencias valorativas y culturales, las cuales se piensa, desde hace ya tiempo, vienen inducidas por nuestro material genético.

Si todo esto sucede gracias a la interacción entre los genes y el ambiente es algo que ha quedado abierto a la investigación. Pronto tendremos respuestas de la más variada índole, y es muy probable que seamos los penalistas los últimos en darnos cuenta cómo se ha resquebrajado nuestra visión del mundo y de la persona que delinque.

Hace algunos años, en otras Jornadas de Medicina Legal, los agoté, como ya es mi karma, con el tema de la posibilidad de una persona de cristal gracias a la identificación de la información cromosómica y de la posibilidad de lectura del gigantesco abecedario de la naturaleza, que se abre como una esperanza portentosa a la vuelta de la esquina en términos del desarrollo científico.

El análisis genético prenatal, las sondas de ADN para comprobar defectos hereditarios, y el perfil de delincuentes por ADN son sólo algunos de los medios modernos de utilizar el conocimiento de la ciencia genética para alcanzar objetivos largamente acariciados por la humanidad. El proceso, en todo caso, apenas comienza y las posibilidades de hacer un uso cada vez más intensivo de éstas y otras técnicas abre igualmente puertas para la esperanza y para el miedo.

El embrión humano empieza a verse ya no como la suma de todas las posibilidades de la vida humana, sino como un verdadero objeto comercial y de experimentación. Las justificaciones para estas y otras mediatizaciones van desde la encomiable lucha contra las enfermedades hasta la justificación del “uso” de embriones con el objetivo de no detener la carrera por el conocimiento de la humanidad.

Estas trincheras argumentativas han convertido la lucha por el respeto de la integridad y la vida de los embriones humanos en una verdadera oposición entre el bien y el mal, de la que todavía no vislumbramos una salida unívoca.

Creo que el uso de la palabra “bioética” refleja directamente una buena parte de las trincheras cambiantes que se han formado en relación con el uso de la genética desde una perspectiva ética. El punto de partida lo es, sin duda, la defensa de la vida desde la concepción.

No basta, por supuesto, exorcizar los problemas argumentativos con el popular apelativo a la “vida”. Aún es necesario convencer sobre los problemas de la protección de la vida frente a nuevas visiones de la ciencia. No se trata tampoco de tematizar todo esto con los viejos fantasmas de la eugenesia negativa, la cual estaba dirigida a la eliminación física de los posibles portadores de un gen defectuoso. Creo que nuestra discusión puede ser más productiva si lanzamos a la mesa de discusión, de una vez por todas, el tema de la clonación humana y de la utilización de células madre, ya que por este medio estaremos llegando directamente donde resulta indispensable plantear algunas cuestiones ineludibles.

## **II. El tema de la clonación humana como un topos jurídico**

Los trabajos de los médicos Hall y Stillman en el Centro Médico George Washington, en el año de 1993, despertaron un furioso interés del debate jurídico y político. Se trataba de los primeros procesos investigativos en relación con embriones humanos y la posibilidad de trabajar directamente con el núcleo

celular. Sucesos posteriores de 1997 y 1998 nos pusieron a la defensiva ante la posibilidad de clonar animales y, por qué no, también seres humanos.

El legislador, en el derecho comparado, no ha esperado mucho para buscar una tutela de los embriones. En la República Federal de Alemania se puso en vigencia la Ley de Protección de Embriones<sup>1</sup> en el año de 1991, la cual se apresuró a prohibir la clonación de seres humanos.<sup>2</sup> El legislador germano intentó prohibir que de manera artificial se pudiera permitir que un embrión humano pudiera contener la misma información genética que la que proviene de otro embrión, un feto, una persona o un muerto. La pena puede llegar hasta cinco años de prisión. De la misma forma se castiga, por ejemplo, quien traslada a una mujer un embrión en esas condiciones.

Se entiende que el legislador pretende, por este medio, prohibir la reproducción de copias exactas de un ser humano, generadas de manera artificial, por medio de las técnicas de la clonación.

La protección del embrión en la legislación alemana es amplísima, ya que la protección de éste se origina desde la introducción del espermatozoide en el óvulo hasta la culminación del proceso de fecundación.

El ejemplo alemán de una protección total desde el momento de la introducción del espermatozoide en el óvulo, no ha sido la tónica en todos los argumentos. El mismo Comité Consultatif d'Éthique pour les Sciences de la Santé, de Francia, creado en 1983, caracterizó al embrión como un potencial ser humano, merecedor, a pesar de ello, de protección.

También la jurisprudencia comparada ha tenido altibajos en el reconocimiento del embrión como un sujeto de derechos. El caso *Roe vs. Wade* en los Estados Unidos de Norteamérica dejó abierta la cuestión ante la Corte Suprema de Justicia, la cual decidió, con fundamento en los derechos de la madre, concretamente el de privacidad y el de libre elección y decisión sobre el propio cuerpo, que quien está por nacer no es una persona, y, por lo tanto, no es un sujeto de derecho, el cual sólo recibe protección del ordenamiento jurídico hasta el último trimestre de la vida, y sólo en forma relativa. El Tribunal Constitucional español, siguiendo estas líneas argumentativas, consideró que el por nacer no es titular de un derecho a la vida, y que éste es un derecho que sólo es imputable a los nacidos, llegando a la curiosa conclusión de que quien

---

1 Embryonenschutzgesetz (EschG) del 1 de enero de 1991.

2 Concretamente en el Parágrafo 6.

está por nacer recibe una protección del ordenamiento en tanto es considerado un bien jurídicamente protegido.

También se ha intentado establecer una diferencia entre **preembrión** y el embrión, con el objetivo de establecer una diferencia ontológica con el huevo que aún no anida en el útero de la madre. Esta diferencia, puramente metodológica, no atiende al hecho biológicamente demostrado de que desde el momento de la concepción el ser tiene su propio código genético, el cual lo acompañará durante todo el proceso de formación y gestación y por el resto de su vida. Teóricamente, los que sostienen la posición contraria, dicen que la vida humana existe desde un momento posterior a la fecundación, casualmente catorce días después de este suceso, cuando se produce la anidación en el útero materno y surge en él la así denominada cresta neural, comenzando la formación de los órganos del nuevo ser. Por supuesto, antes de todos estos sucesos no existiría un ser merecedor de tutela a su derecho a la vida, y sólo sería considerado como una mera amalgama de células carentes de individualidad. Agregan a sus argumentaciones que esto es así, porque dicho conglomerado de células, por ejemplo, aún no da idea si se formará un solo ser o dos, como es el caso de los gemelos monocigóticos. Este último argumento cae por su propio peso, ya que la mencionada división no deja abierta la posibilidad sino a la formación de personas, por lo que desde el punto de vista de discusión no estamos ante la posibilidad irregular que la mencionada división dé como resultado algún otro producto no calificable de persona. Podemos considerar también el argumento biológico sostenido por observaciones científicas recientes que la individualidad de los gemelos monocigóticos no proviene de puros datos del genotipo sino también del fenotipo. La individualidad se funda en la singularidad de un ciclo vital y no sobre el carácter unívoco del genoma. El individuo existe y se comunica con su entorno, lo que nos permite rechazar, por lo menos preliminarmente, la conclusión sostenida recientemente de que “sólo la comunicación puede comunicar” que pretende excluir a los sistemas subjetivos de capacidad de comunicación autónoma con el medio social. Ya nos referiremos en otra parte a esta singular conclusión propia de un cierto tipo de solipsismos epistemológicos, como bien los denomina el querido colega Jorge Luis Arce Viquez, presente entre la audiencia de este Congreso.

Observaciones provenientes del Congreso “En los Albores de la Vida Humana”, organizado por el Instituto de Ginecología y Obstetricia de la Universidad Católica de Roma, que se llevó a cabo en el Vaticano hace dos años, en septiembre de 2000, indicaron que desde la primera fase de la subdivisión celular, cuando el embrión ya transita a través de las trompas de Falopio para anidarse en el útero materno, es decir, antes de los catorce días tantas veces citados, ya éste realiza intercambios y comunicaciones con su ambiente, los

cuales suceden por contacto con los tejidos de la madre, donde se puede mencionar que se da una verdadera comunicación celular y biológica, ya que dichos intercambios también se dan por la vía sanguínea. Los mensajes que intercambia el embrión y la madre no podemos decir que provienen de los que son conocidos por el sistema nervioso central, ya que desde el punto de vista del embrión este aún no está presente, pero muy probablemente dichos mensajes son diferenciables de los provenientes de otras especies y que pueden llamarse dignamente humanos, que usan como autopista de movimiento no sólo las sustancias químicas especiales sino también las células denominadas estaminales. Dicha comunicación, entre otras cosas, genera que el embrión no sea rechazado por la madre, un ser, dicho sea de paso que es diferenciable genéticamente al menos en un 50% de la madre.

Como esperamos haber dejado clarificado, la diferencia entre preembrión y embrión no tiene otro sentido que permitir la manipulación de un ser vivo dentro del período de catorce días necesario para la anidación, de ahí que denominemos a la diferencia como de carácter metodológico pero no ontológica. Se busca una justificación para la operación, manipulación y otras intervenciones en el embrión antes de la anidación. Por otra parte, quien ha establecido este plazo de catorce días, lo hace por consenso, se trata de algo totalmente artificial, que busca facilitar la investigación científica en el embrión. Es posible citar investigaciones recientes y autores que sostienen que incluso la anidación se puede producir antes del plazo de catorce días.

La ya citada Ley de Protección de Embriones alemana, también se refiere al tema del momento en que es considerable, jurídicamente, estar en presencia de un embrión. Menciona el parágrafo 8, número 1, de esta ley que "...se considera embrión...el óvulo humano ya fecundado y capaz de desarrollarse, a partir del momento de la fusión nuclear, así como toda célula pluripotencial extraída del embrión que, dada las condiciones ulteriores indispensables para ello, pueda seguir dividiéndose hasta desarrollarse en un individuo".

El número dos de este parágrafo ocho de la Ley alemana prevé, adicionalmente, que "...en las primeras veinticuatro horas siguientes a la fusión nuclear se considerará susceptible de desarrollo al óvulo humano fecundado, a menos que, antes de la expiración de ese plazo, se compruebe su incapacidad para pasar de su fase monocelular".

En todo caso, y aunque consideremos correcta la posición del legislador alemán, de no hacer distinción entre preembrión y embrión, si existe un problema interpretativo sobre el asunto de la transmisión de información genética, que es un tema que toca directamente el problema de la aplicación jurídico penal del tipo penal de manipulación genética. En efecto, al mencionar el tipo

penal la frase “**misma información**” estará planteando una difícil cuestión técnica referida a los métodos de transferencia. Esto último, por ejemplo, porque por medio del “splitting” de embriones puede transferirse información idéntica, en otras técnicas sólo se transmite el 99% de la información genética, esto último, en el caso del método del Instituto Roslin. El resto de la información proviene del material mitocondrial de la célula portadora.<sup>3</sup>

A la luz el principio de legalidad es esta situación de la descripción bastante complicada y aun en el contexto de la Constitución Alemana casi irresoluble, ya que abre la puerta a una analogía prohibida.

Iguales problemas acarrea, por ejemplo, el término “embrión”, como ocurre en la Ley Alemana, ya que amplía el concepto de embrión de tal forma que algunas formas de clonación, como la proveniente del Instituto Roslin, podrían considerarse prohibidas aun cuando no implica una combinación total del núcleo.

### III. El desarrollo en otros países

La situación destacada en Alemania, no podría dejar de esperarse en otros países de la Unión Europea. El 12 de enero de 1998 se suscribiría por 19 de los 40 Estados miembros un protocolo adicional a la Convención de Bioética del Parlamento Europeo, el cual, prohíbe, expresamente, la clonación de seres humanos.

La ventaja de la regulación europea es que no introduce la complicada fórmula alemana de la “identidad de la información” y se conforma con la información que se traslada a nivel no mitocondrial.

En el ámbito de las Naciones Unidas y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se plantean, también, el tema.

En la actualidad hay normas en contra de la clonación de seres humanos en Gran Bretaña, Dinamarca y España, pero también en Argentina y Australia.

La línea regulatoria se orienta a proteger el embrión humano fuera del vientre de la madre, sobre todo en los casos de embriones crioconservados. No obstante, existen en algunos países (como por ejemplo Alemania) algunas regulaciones generosas que permiten el aborto del feto, lo que conlleva a

---

3 Cfr. Gutmann, Thomas, Strafbarkeit des Klonens von Menschen, en: Roxin/Schroth (Editores), Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, Boorberg Verlag, 2a. Edición, p. 354.

destruir lo que tantas convenciones intentaban proteger fuera del vientre materno. La contradicción se hace manifiesta cuando se le pretende reconocer al embrión una serie de derechos y garantías, como el de la dignidad y el de subjetividad, pero solamente si está fuera del vientre de la madre. Cuando se encuentra dentro de ella ya no recibe igual tratamiento.<sup>4</sup> Es por ello que esta línea regulatoria se manifiesta especialmente en los países que admiten la interrupción voluntaria del embarazo, sobre todo en las primeras semanas luego de la concepción.

#### **IV. El bien jurídico tutelado en los delitos que castigan la “manipulación genética”**

Uno de los problemas más arduos a los que se enfrenta el legislador penal es la definición del bien jurídico tutelado en los tipos penales que castigan la “manipulación genética”. Mucho más complicado se hace, cuando se toma en cuenta que las así denominadas “manipulaciones” recaen sobre el patrimonio genético del embrión, sobre sus células germinales, lo que implica, además una contradicción evidente con el derecho a la dignidad humana, la cual cubre, naturalmente, el patrimonio genético humano.

No se trata de prohibir, digámoslo de nuevo la investigación científica, si no de someterla a límites concretos, sobre todo de los que provienen de la integración sistemática de los principios de protección a la dignidad humana y a los caracteres de la personalidad del individuo.

Por supuesto, que esto toca duramente la cuestión de cómo ponderar los derechos a la investigación y a la información y el derecho del individuo a ser protegido en su dignidad. Este equilibrio de derechos fundamentales no es fácil, y estamos acostumbrados a sus difíciles ponderaciones como lo demostró el colega Javier Llobet, también entre nosotros, sobre el tema de la prisión preventiva, en su obra aparecida ya hace algunos años, a la que refiero al lector interesado en el análisis jurídico penal de los diversos matices de esta cuestión interpretativa.

El tema que nos proponemos tampoco es exclusivo del mero avance de la ciencia como valor en sí mismo, ya que como sabemos la investigación en el campo genético no sólo está impulsado por el valioso fin del avance de la

---

4 Sambrizzi, Eduardo, *La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s.f.e., p.

humanidad, o para mitigar el dolor, sino también de intereses económicos gigantescos, que empeñan muchos esfuerzos en desarrollar técnicas que permitan, por un lado, abaratar costos de producción de medicamentos, sino también preparar aquellas que permitan consolidar los medios de producción en aquellos que manejan estas complicadas materias.

La evaluación de los bienes jurídicos en juego no resulta, como vemos, simplemente de la contrastación de la dignidad humana frente a fines colectivos de investigación e información, también intervienen evidentes intereses económicos de consorcios médicos y farmacéuticos, que hacen muy difícil trabajar en un terreno libre de prejuicios y preconceptos teñidos de estos aspectos económicos, de indudable trascendencia, dicho sea de paso.

A este respecto, hemos visto como los mismos científicos, conscientes de las consecuencias de sus investigaciones y hallazgos, han buscado límites para sus investigaciones, tal y como ocurrió en 1975 con la así denominada “moratoria de Asilomar”, en California, donde los científicos que investigaban el ADN y sus interrelaciones, plantearon una serie de restricciones a los experimentos que tuvieran que ver con la ingeniería genética.

El fin no justifica los medios, y mucho menos cuando está de por medio la dignidad de la persona humana. La investigación científica no es un fin en sí misma, y por más que puedan defenderse racionalmente los argumentos de ciertos tipos de eugenesia, su impacto en la persona es de tal magnitud que resultarían injustificables constitucionalmente. De ahí que suela prohibirse la experimentación genética para el mejoramiento de la raza. La eliminación de seres humanos con la esperanza de que ayude a mejorar la vida de otros no puede ser justificable, no sólo por los parámetros de normalidad que son utilizados, sino también porque lleva implícita una decisión de poder sobre otros.

El uso de los así denominados “embriones supernumerarios”, es decir, de embriones producidos en cantidad superior a la necesaria para ser implantados en el útero materno, implica que algunos de ellos serán destruidos si no resultan útiles a los procedimientos indicados o consentidos. El uso de estos embriones implica, de hecho, la objetivización de vidas humanas para fines de experimentación. Kant lo decía con particular lucidez cuando aludía a la cosificación posible del ser humano. La persona debe ser considerada siempre, en todas las acciones, como un fin en sí misma.

De esta forma el bien jurídico más importante protegido en la investigación genética es la vida, pero también la dignidad.



## V. La manipulación genética en la Reforma del Código Penal costarricense

El prelegislador costarricense planteó, siguiendo las líneas del derecho comparado, antes relacionadas, un castigo para las conductas de “manipulación genética”. Los artículos planteados son el 131 y 132 del Proyecto presentado a la Asamblea Legislativa, Comisión de Asuntos Jurídicos, en el mes de junio de 2002, actualmente en discusión.

**Artículo 131:** Manipulación genética. Quien altere el tipo de la estructura vital o el genotipo por manipulación de genes humanos con finalidades distintas a las terapéuticas, será penado con prisión de dos a seis años.

Quienes experimenten o manipulen material genético que posibilite la creación de híbridos humanos o la clonación será sancionado con pena de tres a ocho años de prisión. La misma pena se aplicará a quienes experimenten o manipulen material genético dirigido a la selección de raza.

Quien artificialmente fecunde óvulos humanos, en los casos no autorizados por la ley, será castigado con pena de prisión de dos a seis años.

En todos los casos descritos en los numerales anteriores se impondrá, además de la pena de prisión, la inhabilitación especial de cinco a diez años, para ejercer profesión, oficio, industria, comercio o derecho relacionado con la actividad delictiva.

**Artículo 132:** Manipulación genética agravada. Quien utilice técnicas de ingeniería o, manipulación genéticas para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será sancionado con pena de prisión de cinco a diez años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años.

El artículo 132 del Proyecto de Código Penal, como puede observarse, castiga la acción de alterar “...el tipo de la estructura vital o el genotipo por manipulación de genes humanos con finalidades distintas a las terapéuticas”. La intención del legislador es claramente castigar las intervenciones –distintas a las terapéuticas– en la estructura vital y en el genotipo del ser humano.

Esta acción de “alterar” consiste precisamente en eso: cambiar, transformar, intervenir o de cualquier manera trastocar los elementos básicos sobre los cuales se plantea la condición de ser humano.

La doctrina ha concedido una especial atención al tema, cuando concede en casi todos sus argumentos, que sea posible la alteración de esas células

germinales con fines terapéuticos, para tratar de lograr la modificación de genes afectados, curando o previniendo malformaciones o enfermedades.

Por la vía antes indicada se ha pretendido, por ejemplo, que las técnicas así denominadas de terapia germinal, permitan curar al individuo portador, pero también a su descendencia, lo que abre la puerta a una posible manipulación genética ilícita. Distinto es que se trabaje con células somáticas, que tienen importantes funciones, pero que no implican alteraciones al patrimonio genético del individuo.

Con el fin de evitar el “eugenismo”, resulta indispensable tener claro cuáles son las finalidades terapéuticas y cuáles son las enfermedades a ser tratadas (actualmente se conocen unas dos mil enfermedades transmisibles genéticamente), con el fin de que por la puerta grande de lo terapéutico se permitan meras correcciones de desviaciones de la normalidad genética.

Esto último implica que la técnica se aplique de manera que el embrión no sufra daño alguno y se pueda corregir el gen defectuoso que pueda ocasionar el mal que se pretende evitar.

La clonación está especialmente castigada en el párrafo segundo de este artículo 131. Sin embargo, el legislador incluyó otro tipo de intervenciones en el genoma que pudieran crear híbridos humanos o también generar la clonación. También las actividades científicas dirigidas a la selección de raza han sido previstas como punibles, siendo esto una importante manifestación de la tendencia del prelegislador frente a los experimentos de selección de seres humanos con criterios que afecten la dignidad.

El artículo 132 prevé la “manipulación genética agravada”, la cual debe ser utilizada para la producción de armas biológicas o exterminadoras de la raza humana.

## **VI. Conclusiones generales**

Resulta correcto expresar un cuidadoso entusiasmo frente al desarrollo de nuevas técnicas genéticas, las cuales pueden, potencialmente, ser eficaces armas en contra de enfermedades y virus, o los medios para introducir nuevas generaciones de medicamentos y de alimentos a un mundo en crisis que los necesita.

Lo que está de por medio no es, simplemente, la libertad de investigar y el derecho a adquirir más conocimiento sobre nuestro genoma y de allí crear las condiciones antes dichas. El problema más directo es el costo humano, el

costo individual que puede estar puesto sobre la mesa para alcanzar ese ideal estadio de la técnica y de la ciencia.

Las previsiones constitucionales siguen garantizando la dignidad del ser humano y su subjetividad y lo hacen desde el momento de la concepción. Dichas condiciones no cesan por estar el embrión en el vientre materno o fuera de él, como tampoco cesan las obligaciones del ordenamiento jurídico para brindar una tutela de la persona frente a potenciales riesgos de ser reducido a un mero objeto en la consecución de fines sociales de carácter supraindividual.

La clonación ha sido adversada por ser, precisamente, un medio para generar una multiplicidad de seres a partir de la información genética de un ser humano, lo que da la posibilidad de crear un ser humano al gusto del cliente, lo que simboliza, en términos más concretos, la instrumentalización del ser humano con el fin de crear condiciones para un negocio de inusitadas posibilidades, como ya la ciencia ficción nos lo ha imaginado, con la impresionante lucidez que este género tiene.

El desarrollo de la clonación y de la investigación sobre ella se debe hacer a partir de embriones humanos, lo que nos enfrenta con las preguntas éticas y constitucionales sobre el uso y destrucción de miles de embriones humanos, que si nos atenemos a la estadística en animales, podría implicar un éxito cercano al 3%.

Las preguntas provenientes de la eugenesia no son desdeñables, sobre todo si se pone en la mesa de discusión el tema esencial de que la diversidad genética de la humanidad es la que puede garantizar su supervivencia.

La investigación no puede hacerse al costo de reducir al ser humano a un mero objeto de experimentación. Tenemos todavía muy frescas las experiencias vividas en la Segunda Guerra Mundial, la última y más significativa del pasado siglo, para olvidar las consecuencias que ella acarreó, en términos de violación a esos aspectos esenciales de nuestra condición como seres humanos.

Ni el derecho, ni la sociedad, pueden ceder en su obligación de proteger a sus integrantes, sobre todo cuando el riesgo de una potencial objetivización pende sobre nosotros ante la evidente esperanza de que las técnicas de ingeniería genética puedan abaratarle costos a los grandes consorcios farmacéuticos, perpetuándolos como reyes del mercado de los medicamentos y de la experimentación necesaria para obtenerlos.

La clonación de seres humanos es un riesgo que está presente en nuestro futuro. La reducción de este riesgo no se va a producir, evidentemente, con la utilización del derecho penal, sino con la creación de una cultura crítica frente

a estos usos y operaciones con nuestro material genético. Parte de los problemas que pueden hoy vislumbrarse, suceden ya en otras partes, como lo son, desde luego, los sentimientos que hoy todos ustedes manifiestan frente a alguien que se atreve a tener reservas frente a cosas que prometen tantas efectos favorables y esperanzas de superar nuestros sufrimientos.

En el amanecer de este nuevo siglo aparece en el firmamento, una vez más, el riesgo adicional de la eugenesia, de crear seres humanos por encargo, satisfaciendo caprichos privados y públicos, y hasta generar repeticiones de aquellos que consideramos repetibles. Dicha opción no es ninguna opción de cara a los principios constitucionales que protegen la vida y la dignidad de la persona humana.

Trabucchi señala esto, con meridiana claridad, cuando nos recuerda: "...ni siquiera la perspectiva de un destino mejor para la vida del hombre del mañana puede justificar el sacrificio de la vida de hoy".

Debemos de apuntar en la lista de prioridades del pensamiento penal, aunque no de la ciencia penal, para aquellos que niegan el valor científico de los argumentos de una ciencia del espíritu como lo es la penal, el de decidir si por la vía del derecho represivo podemos decidir qué es la vida y cuáles serán las condiciones que en el futuro se pensarán para lograr su desarrollo con dignidad, o si serán otros sectores del ordenamiento jurídico quienes deben reglar estas delicadas materias. Ya el prelegislador penal tomó la delantera, esperemos las reacciones de otras ramas del derecho. ❖

Derecho Penal  
Juvenil

IV



# La detención provisional

## *(En la jurisprudencia de la justicia penal juvenil costarricense)*

Javier Llobet Rodríguez

Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Costa Rica  
Juez del Tribunal Penal Juvenil

### I. La detención provisional en el Derecho Penal Juvenil

Cuando se hace referencia al modelo de la responsabilidad, consecuencia de la Convención de Derechos del Niño y los instrumentos internacionales que la complementan, con frecuencia se llegan simplemente a enumerar las garantías del Derecho Penal y Procesal Penal de adultos, con lo que se contribuye poco a determinar la especificidad del Derecho Penal Juvenil. Debe tenerse en cuenta que esa particularidad es determinada por el principio educativo y las características propias de la delincuencia juvenil.

Debido al carácter supletorio de la aplicación de las garantías procesales establecidas en el Derecho de adultos,<sup>1</sup> el proceso penal juvenil pierde relevancia en cuanto a las regulaciones propias, siendo más bien lo característico del Derecho Penal Juvenil el sistema de sanciones y de alternativas a éstas.<sup>2</sup> Sin embargo, este Derecho tiene algunas normas propias del mismo, basadas en el principio educativo, sobresaliendo al respecto la regulación de la detención provisional.

---

1 El Art. 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil dispone: "*En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal (...)*".

2 Sobre ello véase la discusión que sostuve con Emilio García Méndez el 16 de junio del 2000. En: UNICEF (Editor). Jornadas de reflexión sobre la Ley de Justicia Penal Juve-

Debo advertir que el desarrollo siguiente se realizará con base en la normativa de la Ley de Justicia Penal Juvenil y el Código Procesal Penal de Costa Rica, lo mismo que la jurisprudencia dictada en ese país. Sin embargo, el proceso de adecuación legislativa de la justicia penal juvenil a la Convención de Derechos del Niño en los diversos países latinoamericanos, ha llevado a una legislación muy similar en muchos de ellos, de modo que lo indicado tiene relevancia también más allá de las fronteras costarricenses.

## **II. Requisitos materiales de la detención provisional**

Los requisitos materiales de la detención provisional, al igual que en el Derecho Penal de adultos, son: a) sospecha suficiente de culpabilidad; b) existencia de una causal de prisión preventiva; y c) respeto al principio de proporcionalidad.<sup>3</sup> De estos tres requisitos el que presenta particularidades propias en el Derecho Penal Juvenil, basadas en definitiva en el principio educativo, es el respeto al principio de proporcionalidad.

### **1. La sospecha suficiente de culpabilidad**

La sospecha suficiente de culpabilidad es una exigencia del principio de proporcionalidad,<sup>4</sup> que no diferencia al Derecho Penal Juvenil del Derecho de adultos.<sup>5</sup>

---

nil. San José, UNICEF, 2001, pp. 50, 64-68. Acerca de esto véase también: Llobet Rodríguez, Javier. La sanción penal juvenil. En: González Oviedo, Mauricio/Tiffer Sotomayor, Carlos (Editores). San José, UNICEF, 2000, pp. 226-228.

3 La Sala Constitucional ha admitido que estos son los requisitos materiales de la prisión preventiva (o detención provisional). Así: Sala Constitucional, voto 346-99 del 20 de enero de 1999. Véase: Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal en la jurisprudencia. San José, Editorial Jurídica Continental, T. I, 2001, pp. 474-475. Sobre los requisitos materiales de la prisión preventiva: Llobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva (En el nuevo Código Procesal Penal y la Ley de Justicia Penal Juvenil). San José, Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 147-250.

4 La sospecha suficiente de culpabilidad es una consecuencia del principio de proporcionalidad y no de la presunción de inocencia, lo que en ocasiones no ha sido sostenido por un sector de la doctrina. Una concepción que sostuviera que la sospecha de culpabilidad se extrae de la presunción de inocencia, implicaría aceptar una posición psicológica de dicho principio, de acuerdo con la cual la misma se relativizaría conforme el grado de sospecha, concepción que no sería lejana a las posiciones autoritarias sostenidas durante el fascismo y el nacionalsocialismo, o bien a la concepción del positivismo criminológico. Lo anterior ya que con dicha posición se par-



Debe ser criticado que el Art. 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil no haya establecido en forma expresa la sospecha suficiente de culpabilidad, o probabilidad de la misma, como requisito material para el dictado de la detención provisional. Sin embargo, dicho requisito debe ser extraído tanto del Art. 37 de la Constitución Política, que establece el indicio comprobado de haber cometido delito como exigencia para la privación provisional de libertad, como de la exigencia de que para ordenar la detención provisional debe admitirse la acusación, ello conforme a lo dispuesto en el Art. 87 de la Ley de Justicia Penal Juvenil,<sup>6</sup> resultando que para la admisión de la acusación debe poderse formular un juicio de probabilidad sobre la culpabilidad del joven. Esa ha sido la interpretación que ha sostenido el Tribunal Penal Juvenil en numerosos fallos, por ejemplo los votos 4-01 y 5-01 del 16 de enero del 2001, en los que llegó incluso a anular la detención provisional por no haberse procedido previamente a la admisión de la acusación.

---

tiría de una presunción de culpabilidad dada por el grado de prueba incriminatoria en contra del imputado. En contra de ello debe sostenerse que la presunción de inocencia se mantiene constante durante todo el proceso, rigiendo hasta que exista sentencia condenatoria firme. Se trata de una consecuencia del principio de proporcionalidad, ya que no puede exigirse a una persona que sufra de una privación de libertad de la intensidad y duración de la detención provisional, cuando no existe suficiente grado de probabilidad como para esperar que pueda dictarse una sentencia condenatoria con posterioridad. Ello es precisamente lo que impide que pueda dictarse la detención provisional no solamente en contra de la persona en contra de la cual no puede formularse un juicio de probabilidad con respecto a su culpabilidad, sino también en contra de un simple testigo o una persona extraña al proceso, pero con respecto a la cual puede considerarse que existe un peligro de que vaya a obstruir la investigación y con ello la búsqueda de la verdad. Sobre ello: Llobet Rodríguez, Javier. *La prisión...*, pp. 147-167.

5 Art. 239 inciso a) del Código Procesal Penal. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *La prisión...*, pp. 147-166.

6 Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *La prisión...*, p. 167. El Art. 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil lleva a confusión, ya que mientras el Art. 87 prevé que la detención provisional puede disponerse al admitirse la acusación o después de ello, dicho artículo contempla que se puede ordenar la detención *a partir del momento en que se reciba la acusación*. La contradicción entre los artículos debe llevar a la búsqueda de una interpretación que los armonice, debiendo sostenerse que es necesario que se admita la acusación. Ello además es conforme al Art. 19 de la Ley de Justicia Penal Juvenil que dispone que en caso de antinomia debe acudirse a la interpretación más favorable para los derechos fundamentales del joven.

## 2. Causales de detención provisional

Tampoco se encuentra una regulación característica del Derecho Penal Juvenil en lo concerniente a las causales de detención provisional, debiendo estar influida la regulación de las mismas por el principio de presunción de inocencia, de modo que deben admitirse solamente las causales de peligro de fuga y peligro de obstaculización.<sup>7</sup> Se trata de una argumentación que es válida tanto para el Derecho Penal Juvenil como para la legislación de adultos.

Con respecto a las causales de detención provisional la Ley de Justicia Penal Juvenil en su Art. 58 establece que puede decretarse la detención provisional cuando se presenten las siguientes circunstancias:

- (...) a) Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia.*
- b) Exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba.*
- c) Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo (...).*

No se contempla como causal el peligro de reiteración delictiva, contemplada en el Art. 239 inciso b) del Código Procesal Penal, pero ello no por una característica propia del Derecho Penal Juvenil, sino más bien por un rechazo a la causal de peligro de reiteración delictiva como violatoria de la presunción de inocencia.<sup>8</sup>

---

7 Sobre ello: Llobet Rodríguez, Javier. La prisión..., pp. 135-142; Llobet Rodríguez, Javier. La presunción de inocencia y la prisión preventiva (Según la doctrina alemana). En: Revista de Derecho Procesal (España), No. 2, 1995, pp. 555-564; Llobet Rodríguez, Javier. Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1995, pp. 97-150; Bovino, Alberto. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 136-142; Maier, Julio. Derecho Procesal Penal argentino. Buenos Aires, T. Ib), 1989, pp. 252-289; Hassemer, Winfried. Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft. En: StV (Alemania), 1984, pp. 40-41.

8 Debe reconocerse que la causal de peligro de reiteración delictiva, contemplada en el Código Procesal Penal, ha sido reconocida por la Sala Constitucional como concordante con la Constitución Política. Véase por ejemplo: Votos 3255-93, 1438-92 y 1792-92. Sobre ello: Llobet Rodríguez, Javier. La prisión..., pp. 197-2000. Hay que agregar que el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva encuentra en general regulación en el Derecho Comparado. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Die Unschuldsvermutung..., pp. 134-138; Llobet Rodríguez, Javier. El art. 417 inciso 2) del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la

Se ha sostenido por algunos que la causal de peligro de reiteración delictiva prevista en el Código Procesal Penal es de aplicación supletoria en la justicia penal juvenil.<sup>9</sup> Ese criterio fue admitido por el Tribunal Penal Juvenil en una serie de votos, por ejemplo el voto 20-98 del 10 de febrero de 1998.<sup>10</sup> Sin embargo, el criterio actual de dicho Tribunal es que no procede la aplicación supletoria de la legislación de adultos, ya que la Ley de Justicia Penal Juvenil tiene una regulación propia de las causales de detención provisional, por lo que no es procedente la aplicación supletoria del Código Procesal Penal.<sup>11</sup> Ese criterio se sostuvo por el Tribunal Penal Juvenil, a manera de ejemplo, en los votos 12-00 del 22 de febrero del 2000; 32-01, del 6 de marzo del 2001; 94-01 del 14 de junio del 2001; y 143-01, del 21 de agosto del 2001.

En lo atinente al peligro de fuga como causal de detención provisional, el Art. 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil establece que puede disponerse dicha detención cuando: *Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia.*

---

luz de la doctrina alemana). En: Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 58, 1992, pp. 517-527. En el ámbito europeo la doctrina en general reconoce que la Convención Europea de Derechos Humanos autoriza dicha causal en su Art. 5 aparte 1 c). Se agrega a ello que el principio 2) inciso 2) de la recomendación No. R (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa contempla el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva para hechos de gravedad. Al analizar la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado la existencia del peligro de reiteración. Véase por ejemplo caso Ringelsen (sentencia del 16 de julio de 1971; caso Störmüller (sentencia del 10 de noviembre de 1969, caso Clooth (sentencia del 12 de diciembre de 1991), caso Toth (sentencia del 12 de diciembre de 1991. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. La prisión..., p. 215. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido posiciones divergentes con respecto al peligro de reiteración delictiva. Así en el informe 12-96 hizo referencia solamente al peligro de fuga y al de obstaculización como causales de prisión preventiva. Véase: Bovino, op. cit., pp. 140-141. Sin embargo, en el informe 2-97 autorizó la causal de peligro de reiteración delictiva. Cf. Oteiza, Eduardo. Sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. En: Relatorias y ponencias sobre Derecho Procesal. XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. San José, Corte Suprema de Justicia/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2000, p. 137.

9 Sobre ello véase, por ejemplo: Campos Zúñiga, Mayra/Vargas Rojas, Omar. La justicia penal juvenil en Costa Rica. San José, 1999, p. 154; Campos Zúñiga. Análisis de la detención provisional en materia penal juvenil. En: Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas. San José, UNICEF, 2000, pp. 86-87.

10 Véase también el voto 23-98 del Tribunal Penal Juvenil.

11 Cf. Llobet Rodríguez, Javier. La prisión..., pp. 219-220.

Dicha causal no difiere de la correspondiente al peligro de fuga del Código Procesal Penal de adultos. Con carácter supletorio es incluso aplicable el Art. 240 de dicho Código, que da pautas con respecto a la existencia de dicho peligro.

A pesar de la concordancia de la regulación con el Derecho Penal de adultos, la valoración del peligro de fuga como causal de detención provisional en el Derecho Penal Juvenil debe considerar las particularidades de la delincuencia juvenil. En primer lugar, a pesar de que por ley debe proveérsele a los mayores de doce años y menores de dieciocho de una tarjeta de identidad,<sup>12</sup> ello no se ha cumplido hasta la fecha por razones presupuestarias. Por ello, mientras que con respecto a los adultos es frecuente que se disponga la prisión preventiva cuando una persona no lleva consigo una identificación, ello no puede resolverse de esa manera en la justicia penal juvenil. Se ha tratado de solucionar el problema acudiendo el Ministerio Público a la verificación de los datos dados por el joven a través del Registro Civil. Por otro lado, con respecto a los jóvenes extranjeros, principalmente los nicaragüenses, se realizan controles en los registros de las oficinas migratorias, en particular los relativos a las solicitudes de residencia. Además el Ministerio Público en algunos casos en que duda de los datos suministrados por el joven en su interrogatorio de identificación, procede a verificar la dirección suministrada por éste, enviando, por ejemplo, a oficiales de la policía al lugar donde ha indicado que reside. Al resultando de dicha constatación le ha dado el Tribunal Penal Juvenil mucha importancia, véase por ejemplo el voto 33-98 del 16 de abril de 1998.

Sobre la falta de documentación del joven, es importante el voto 27-98 del 13 de marzo de 1998, dictado por el Tribunal Penal Juvenil, en el que se dijo:

*Lleva razón la Defensa al señalar la falta de fundamentación cuando el Juzgador refiere que se trata de un menor indocumentado, pues tal circunstancia no es importante cuando se está ante un menor que ha dado una dirección donde puede ser ubicado en cualquier momento. No debe confundirse indocumentado con identificado, pues a los fines del proceso lo que interesa es que esté plenamente individualizado, como ocurre en el presente caso.*

Otro aspecto relevante en lo atinente al peligro de fuga es la ausencia de domicilio, ello ya que una parte importante de los jóvenes que se ven enfrentados a la justicia penal juvenil deambulan por las calles, no viviendo con sus

---

12 Ley 7688 del 6 de agosto de 1997.

familias, o bien las visitan muy ocasionalmente. Ello hace que ante la falta de domicilio se llegue a ordenar con frecuencia la detención provisional, ya que si se pusiera al joven en libertad no habría forma de localizarlo.

El voto más importante del Tribunal Penal Juvenil es al respecto el N° 122-98 del 14 de octubre de 1998, puesto que se llegó a negar el peligro de fuga aun cuando el joven carecía de un domicilio y vivía en la calle, ello con base en la indicación del Ministerio Público. Se indicó:

*El Ministerio Público en lo relativo al menor XXX indicó que no existe peligro de fuga, ya que si bien el mismo vive en la calle, es localizable fácilmente para el Ministerio Público de acuerdo con la experiencia del mismo relacionada con dicho menor, por saberse entre qué calles se ubica. De acuerdo con lo dicho por el Ministerio Público habría entonces que afirmar que no existe peligro de fuga en relación con dicho menor. Todo ello debe ser relacionado con las particularidades del Derecho Penal Juvenil en lo relativo a la detención provisional.*

La posibilidad de que con respecto a los jóvenes que deambulan por la calle no se ordene la detención provisional, fue reiterada por los votos 12-00 del 22 de febrero del 2000 y 183-00 del 1 de diciembre del 2000, dispuesto por el Tribunal Penal Juvenil.

Se indicó en el primero de esos votos:

*Dada la especialidad de la justicia penal de menores, la regla de interpretación del riesgo de fuga que prevé para los adultos el artículo 240 del Código Procesal Penal, no son de aplicación automática. En este sentido ha de tenerse en cuenta que a los menores de edad no les es exigible contar con domicilio fijo ni trabajo u ocupación, como sí lo sería para un adulto, incluso la realidad nos muestra que muchos de esos jóvenes carecen de núcleo familiar, y sancionarles procesalmente por ello configuraría criminalizarles.*

Por su parte en el segundo de los votos citados se indicó:

*Ante la referencia que hace la defensa del voto 12-2000 del Tribunal Penal Juvenil que es cierto que el peligro de fuga debe ser valorado tomando en cuenta las circunstancias particulares de los jóvenes que son sometidos a la jurisdicción penal juvenil, por ello podría ocurrir que en ciertos casos de jóvenes que viven en las calles no sea necesario ordenar la detención provisional, pero ello cuando de acuerdo con las circunstancias del caso no se afirme el peligro de fuga, por*

*considerarse que de acuerdo con las particularidades que atenderá el llamado judicial, lo que no puede estimarse en este caso, ya que el joven se ausentó del domicilio fijado, no pudiendo ser localizado.*

En el voto 94-01 del 14 de junio del 2001, el Tribunal Penal Juvenil llegó a sostener: *El auto de marras afirma la existencia de un riesgo de fuga por la ausencia de domicilio del menor u oficio conocido. Evidentemente esa interpretación a secas lo que hace es criminalizarlo por carecer de domicilio u ocupación.*<sup>13</sup>

Esa expresión en la forma general en que se hizo en este último voto no deja de ser problemática, ya que desgraciadamente, hay que reconocer que en muchos casos, tal y como sucedió en el caso resuelto en el voto 183-00 del Tribunal Penal Juvenil, arriba citado, es inevitable que ante la imposibilidad de localizar al joven en caso de ser liberado, se tenga que disponer la detención provisional. Sobre ello existen numerosos votos del Tribunal Penal Juvenil, siendo más bien lo normal que ante la ausencia de domicilio y la alta penalidad del delito se decrete la detención provisional. Así en el voto 82-01 del 5 de junio del 2001 se dijo:

*El tribunal advierte que, según la jurisprudencia constitucional reiterada, el imputado no está asistido del derecho de abstención respecto a su identificación, más por el contrario está obligado a rendirla. Así las cosas, si de su propia manifestación se extrae que no cuenta con domicilio estable, sino que en casa de A. S. residía escasos dos días anteriores a que resultara aprehendido, las reglas de la sana crítica racional explican que su libertad pondría razonablemente el riesgo del curso normal del proceso. No se trata de criminalizarle por esa falta de domicilio, sino de la imposibilidad de ubicarlo si*

---

13 Tribunal Penal Juvenil, voto 135-01 del 8 de agosto del 2001, en donde se dijo: *Como acertadamente lo expone la Señora Representante del Ministerio Público en la vista oral, este joven ha ofrecido un lugar de domicilio no desacreditado. Por otra parte se constata de folio 7 del legajo de investigación que no mintió en su identificación, sino por el contrario dio su nombre verdadero. Si bien es cierto las demás calidades suyas las desconocía, o al menos recordó al identificarse, esta circunstancia es comprensible en su situación particular de procedencia de un hogar desintegrado. Así las cosas, es errónea la fundamentación del auto de referencia cuando intenta sustentar ese riesgo de fuga en la circunstancia de que el acusado no brindó un lugar de residencia concreto, habida cuenta que no podríamos sancionarle procesalmente por su condición de indigente. De tal suerte que, si el menor cuenta con domicilio conocido, no desacreditado, no existe, razonablemente riesgo de que se evada.*

*quedara en libertad (...). Este estilo nómada de vivir denota poca o ninguna contención, lo que interpreta el tribunal como elemento que agrava ese riesgo razonable de fuga.<sup>14</sup>*

En muchos casos en que inicialmente no se decretó la detención provisional inicialmente, se ha ordenado la misma con posterioridad, basándose en que el joven se ausentó del domicilio. Así, por ejemplo, en el voto 80-01 del 29 de mayo del 2001 el Tribunal Penal Juvenil indicó:

*Existe peligro de fuga del imputado, lo que se corrobora con la necesidad que hubo de ordenar la rebeldía en su contra por ausentarse del domicilio que se había fijado. Además de ello se nota una disposición del joven a no someterse a la acción de la justicia, puesto que cuando se le ha logrado localizar no se ha presentado a las citas que se le han dado. Resulta de todo ello que sí existen fundamentos suficientes para estimar la existencia de un peligro de fuga, que en definitiva se basa no solamente en que no existe un lugar en que pueda ser localizado, habiéndose ausentado sin autorización del domicilio que había fijado en su indagatoria, sino además que ha estado renuente a acudir a los llamamientos judiciales.*

Importante es que con la superación de la doctrina de la situación irregular, la detención provisional no puede decretarse por la mera circunstancia de que el joven se encuentra en situación de abandono. Sobre ello debe citarse el voto 69-01 del 11 de mayo del 2001, dispuesto por el Tribunal Penal Juvenil. Se indicó:

*Admitir ese criterio (de que debe decretarse la detención ya que el joven se encuentra dentro de una problemática social) para decretar la prisión equivale a resucitar la ideología de la situación irregular. Debe recordarse, porque algunas veces se olvida que el nuevo proceso penal juvenil se sustrae, de la esfera simbiótica tutelar familiar.*

---

14 Son muy numerosos los votos en los cuales el Tribunal Penal Juvenil ha llegado a afirmar el peligro de fuga, ello de la relación entre la falta de domicilio del joven y la alta penalidad del hecho. Por ejemplo los siguientes votos: 133-98 del 29 de octubre de 1998. Consúltense también: Tribunal Penal Juvenil, voto 41-98 del 20 de abril de 1998. Se ha afirmado el peligro de fuga cuando aparte de carecer de domicilio, el joven deambulaba por las calles en pandillas, no trabaja y es adicto a las drogas. Véase: Tribunal Penal Juvenil, voto 37-98 del 16 de abril de 1998. Se ha considerado para afirmar el peligro de fuga que el joven además de carecer de domicilio y no tener documentos de identidad, es extranjero, lo que supone una falta de arraigo al país. Véase: Tribunal Penal Juvenil, voto 102-98 del 11 de septiembre de 1998.

*El hecho de que el menor se encuentre en estado de abandono o de simple pobreza no es suficiente para la imposición de una medida cautelar. La situación social o familiar del menor es una consideración que no compete a la Ley Penal o Procesal, porque el principio de legalidad, es un límite que no debe ser traspasado al imponer una medida restrictiva de libertad.*

Por otro lado, mientras en el Derecho Penal de adultos por lo general se tiende a aplicar en forma casi automática la prisión preventiva cuando los hechos están sancionados con penalidad elevada,<sup>15</sup> ello no ocurre así en la práctica de la justicia penal juvenil. Ello queda reflejado en el voto 65-01 del Tribunal Penal Juvenil, ordenado el 10 de mayo del 2001. Se señaló:

*Si bien los hechos son graves por cuanto el ofendido fue amenazado con un arma de fuego y presuntamente le taparon la boca y le amarraron las manos con cinta adhesiva para luego pasarlo a la parte de atrás de su vehículo, que no es sino porque una patrulla iba pasando por ahí y ve algo sospechoso se acerca y los acusados salen corriendo, siendo detenidos en ese momento y decomisándoseles un arma de tipo casero, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha sido clara y reiterada en indicar que la gravedad de los hechos debe ser analizada en cada caso concreto y debe ir unida a otros presupuestos procesales para ordenar la detención provisional de una persona, de ahí que siendo en esta materia una medida de carácter excepcionalísimo, más aún se justifica el análisis de las circunstancias. En el presente asunto, se observa que efectivamente los hechos son muy graves, pero no existen elementos para establecer que los menores estén tratando de evadir la acción de la justicia.<sup>16</sup>*

El Art. 58 inciso b) de la Ley de Justicia Penal Juvenil prevé la causal de peligro de obstaculización, ello al decir que puede ordenarse la detención provisional cuando *Exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba*. Esta causal no encuentra diferencia a la prevista en el Derecho Procesal Penal de adultos, siendo de aplicación supletoria el Art. 241 del Código Procesal Penal.

---

15 Cf. Defensa Pública (Editora). La prisión preventiva: el advenimiento de una nueva verdad en el proceso penal. En: Revista Judicial, No. 78, 2001, pp. 114-116.

16 Véase también: Tribunal Penal Juvenil, voto 85-01 del 31 de mayo del 2001.



Mientras en el Derecho Penal de adultos la causal de peligro de obstaculización adquiere importancia con respecto a la delincuencia no convencional, por ejemplo la delincuencia económica,<sup>17</sup> es claro por razones obvias que dicha delincuencia no tiene relevancia dentro del Derecho Penal Juvenil. Mucho más importancia tienen en este Derecho los supuestos de delincuencia violenta, en la medida en que exista peligro de obstaculización, debido a que existen elementos para sospechar que el joven pueda amenazar o bien actuar contra la integridad física de la víctima o testigos. Esos son precisamente los supuestos en que en la práctica se ha decretado la detención provisional por peligro de obstaculización con base en la Ley de Justicia Penal Juvenil. Así en el voto 79-01 del 31 de mayo del 2001, dispuesto por el Tribunal Penal Juvenil se afirmó el peligro de obstaculización, indicándose:

*De quedar en libertad el acusado volvería a su domicilio, ubicado cerca del de la ofendida; esa circunstancia a la luz del sentido común implica que tendría la posibilidad de intimidarla y amenazarla, ya sea de manera expresa o por el solo hecho de la proximidad de las viviendas, habida cuenta de la violencia que se le atribuye utilizó para cometer esos delitos.*<sup>18</sup>

Se prevé además como causal de detención provisional en el Art. 58 inciso c) de la Ley de Justicia Penal cuando *Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo*. Esta causal está relacionada fundamentalmente con el peligro de obstaculización,<sup>19</sup> debiéndose rechazar la pretensión de fundamentar esta causal en el peligro de reiteración delictiva, supuesto de dudosa compatibilidad con la presunción de inocencia, tal y como se indicó antes. En este sentido se dijo por el Tribunal Penal Juvenil en el voto 134-01 del 8 de agosto del 2001:

*Es erróneo interpretar que el inciso c) del numeral 58 LJPJ esté dispuesto con fines de seguridad social, puesto que por el contrario tutela fines procesales.*<sup>20</sup>

---

17 Cf. Llobet Rodríguez, Javier. La prisión..., p. 190.

18 Véase también: Tribunal Penal Juvenil, voto 11-01, del 24 de enero del 2001; voto 158-01, del 5 de setiembre del 2001; voto 162-01, del 5 de setiembre del 2001; voto 163-01, del 13 de setiembre del 2001.

19 Cf. Llobet Rodríguez, Javier. La prisión..., pp. 219.

20 Véase también: Tribunal Penal Juvenil, voto 136-98 del 6 de noviembre de 1998.

En numerosos votos se ha afirmado el peligro para la víctima, el denunciante o un testigo por el Tribunal Penal Juvenil. Por ejemplo en el voto 115-01 del 20 de julio del 2001 se dijo:

*Como lo refiere el juzgador existe peligro real y efectivo para las víctimas, el imputado en dos oportunidades agrede con arma a los ofendidos y según se desprende del informe policial (...), ese mismo día después de agredir al señor O., les indicó a los oficiales y a los familiares de la víctima, que 'a él se lo llevan preso, pero cuando saliera se vengaría de ellos'.<sup>21</sup>*

### 3. Respeto al principio de proporcionalidad

El Art. 257 inciso b) del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria en la justicia penal juvenil,<sup>22</sup> dispone que la privación de libertad finalizará: *Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena a imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas procesales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada.* Igualmente el Art. 10 del Código Procesal Penal establece que la aplicación de las medidas cautelares: *(...) debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.*<sup>23</sup>

De conformidad con dichas normas no es posible disponer la detención provisional de un joven cuando en caso de dictarse una sentencia condenatoria no puede disponerse el internamiento provisional.

Debe tenerse en cuenta que la Ley de Justicia Penal Juvenil en su Art. 131 dispone que la sanción de internamiento:

---

21 Véase también: Tribunal Penal Juvenil, voto 63-98, del 9 de junio de 1998; voto 93-98, del 28 de agosto de 1998; voto 130-01, del 8 de agosto del 2001; voto 160-01, del 5 de setiembre del 2001.

22 Art. 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

23 Sobre el principio de proporcionalidad: Llobet Rodríguez, Javier. La prisión..., pp. 220-248; Denzel, U. Übermassverbot und strafprozessuale Zwangsmassnahmen.. Heidelberg, Tesis doctoral, 1969; Degener, W. Grundsatz der Verhältnismässigkeit und strafprozessuale Zwangsmassnahmen. Berlín, Tesis doctoral, 1985; Schütz. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei strafprozessualen Massnahmen. Tubinga, Tesis doctoral, 1969; González-Cuellar Serrano, Nicolás Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid, 1990.

(...) *Puede ser aplicada sólo en los siguiente casos:*

- a) *Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.*
- b) *Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socio-educativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.*

De acuerdo con ello en principio no puede disponerse la detención provisional cuando no se esté ante un delito doloso sancionado en el Derecho Penal de adultos con pena superior a seis años de prisión.

Ello se ha dispuesto en diversas resoluciones de la Sala Constitucional, por ejemplo, en el voto 484-99 del 26 de enero de 1999 dijo:

*En el caso que nos ocupa, el Juzgado Penal Juvenil del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica ordenó la detención provisional de los amparados, a pesar de que el delito a ellos atribuido es de resistencia agravada, el cual está sancionado con pena de prisión que no es superior de seis años. En consecuencia, la privación de libertad impuesta a los amparados excede los límites fijados por la ley a la potestad punitiva estatal, en cuanto irrespeto el contenido del artículo 131 inciso a) de la Ley de Justicia Penal Juvenil –y además transgrede el parámetro de proporcionalidad en materia de restricción a la libertad– en virtud de que no es posible ordenar una medida cautelar más gravosa que la eventual sanción a imponer.<sup>24</sup>*

A pesar de que dicho criterio ha sido sostenido en diversas ocasiones por la Sala Constitucional, se opone al mantenido por la misma en el voto 1717-99 del 9 de marzo de 1999, en el que se indicó:

*Del memorial de interposición del recurso, se desprende que por resolución (...) el Juzgado Penal Juvenil de Alajuela, ordenó imponer una medida cautelar de detención provisional en perjuicio del amparado, decisión que debe regirse por los presupuestos establecidos al efecto por el artículo 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, y no por los límites impuestos en el artículo 131 de ese cuerpo normativo, ya*

---

24 Véase también: Sala Constitucional, voto 4767-01 (Hay un voto salvado); voto 8291-98, del 10 de noviembre de 1998; Tribunal Penal Juvenil, voto 90-00, del 7 de agosto del 2000; voto 45-01, del 22 de marzo del 2001.

*que éstos deben aplicarse cuando el Juez analice si puede o no aplicar en contra del menor investigado una sanción de internamiento, supuesto en que no se encuentra XXX, pues su privación de libertad se origina en la imposición de una medida cautelar de detención provisional y no en una sanción de internamiento.*<sup>25</sup>

La posibilidad de que se llegue a aplicar en forma subsidiaria la sanción de internamiento, en virtud del incumplimiento de las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión, no autoriza la detención provisional, ya que la ejecución de la sanción de internamiento no procede cuando se dicta la sentencia condenatoria, sino depende de la situación eventual en que se incumpla una de las sanciones no privativas de libertad indicadas.

Es importante agregar que aun cuando fuera procedente el dictado de una sanción de internamiento, no puede disponerse la detención provisional cuando es de esperarse que no se ordenará dicha sanción, sino una menos gravosa. Debe tenerse en cuenta que el Art. 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, conforme al principio de última ratio de la sanción privativa de libertad, establece solamente la posibilidad de que en los delitos sancionados en el Derecho de adultos con pena superior a seis años se disponga el internamiento del joven, pero no se contempla ello como una obligación, sino solamente como una alternativa.<sup>26</sup> Tampoco procede el internamiento cuando es de esperarse que se disponga la libertad vigilada, según lo establecido en el Art. 125 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, o bien la ejecución condicional de la sanción de internamiento, según lo contemplado en el Art. 132 de dicha ley.

Por otro lado, no es posible disponer la detención provisional cuando procede la aplicación del criterio de oportunidad,<sup>27</sup> de la conciliación<sup>28</sup> o de la suspen-

---

25 En sentido similar: Tribunal Penal Juvenil, voto 94-01, del 14 de junio del 2001 (Hay voto salvado). Este asunto es el mismo que se trata por la Sala Constitucional en el voto 4767-01, mencionado en la nota anterior. En el mismo sentido: Tribunal Penal Juvenil, voto 135-01, del 8 de agosto del 2001.

26 Véase: Tribunal de Casación Penal, votos 591-F-97; 781-F-97. Con respecto a la no obligatoriedad de la sanción de internamiento en los delitos sancionados con pena superior a seis años de prisión en la legislación de adultos: Llobet Rodríguez, Javier. Fijación de las sanciones penales juveniles. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier. La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. San José, ILANUD/UNICEF/Unión Europea, 1999, pp. 121-122.

27 Art. 56 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

28 Art. 64 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

sión del proceso a prueba.<sup>29</sup> Dichos supuestos impiden que el proceso continúe y por consiguiente que se dicte una sentencia condenatoria si el imputado fuera estimado como culpable, lo que hace imposible que se aplique la sanción de internamiento. Por ello de acuerdo con el principio de proporcionalidad no puede disponerse la detención provisional.

Es importante señalar que excepcionalmente puede ser procedente la detención provisional de un joven que en un principio no era procedente por ser contraria al principio de proporcionalidad, ello, por ejemplo, cuando en contra del joven no se dispuso dicha detención, pero en forma reiterada no compareció al juicio oral y privado. Sobre ello es de relevancia el voto 154-00 del 3 de noviembre del 2000, dispuesto por el Tribunal Penal Juvenil. En dicho voto se dijo:

*Se ha reclamado la falta de proporcionalidad de la detención provisional, debido a que al imputado se le atribuye un delito de robo simple con arrebatos, de modo que no puede esperarse que se ordene la sanción de internamiento en caso de sentencia condenatoria. Sobre ello debe indicarse que es cierto que en circunstancias normales no puede ordenarse la detención de un joven imputado cuando se le atribuye un delito como el que se le imputa al imputado, ya que sería contrario al principio de proporcionalidad. De hecho al imputado en este asunto se le ha liberado en varias ocasiones luego de haber sido declarado rebelde. Sin embargo, la propia actitud del joven imputado desobedeciendo en forma reiterada las citaciones y frustrando la realización del juicio oral, hacen que una detención que en otras circunstancias sería desproporcionada en el caso concreto se encuentra justificada, ya que de otra manera sería imposible la realización del juicio oral.<sup>30</sup>*

---

29 Art. 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

30 Véase también: Tribunal Penal Juvenil, voto 148-01 del 28 de agosto del 2001, en el que se dejó la posibilidad de decretar la detención provisional en el caso de que el joven incumpla las medidas cautelares dispuestas, ello a pesar de que el delito esté sancionado con pena no superior a los seis años de prisión en el Derecho de adultos.

### III. Sustitutivos de la detención provisional

Como consecuencia del principio de necesidad, derivado del de proporcionalidad,<sup>31</sup> se establece que la detención provisional debe ser el último recurso, debiendo buscarse medidas cautelares menos gravosas y que sean adecuadas razonablemente para prevenir el peligro de fuga, de obstaculización o para el denunciante, la víctima o un testigo.

Mientras el Código Procesal Penal establece en el Art. 244 un listado de medidas sustitutivas de la prisión preventiva, la Ley de Justicia Penal Juvenil simplemente establece en el 87 que el juez puede ordenar al admitir la procedencia de la acusación la detención provisional del joven o cualquier orden de orientación y supervisión de las que se establecen en esta Ley.

Sobre la posibilidad de dar órdenes de orientación y supervisión como alternativas a la detención provisional, el Tribunal Penal Juvenil en el voto 69-01 del 11 de mayo del 2001 dijo:

*Dentro de las alternativas como sustituto de la detención, el ordenamiento contempla una amplia gama de órdenes de orientación y supervisión (art. 121 inciso b) LJPJ). Pese a que éstas no se encuentran bajo el clásico estribillo de las opciones procesales, como: evitar la fuga, que exista peligro para la víctima o los testigos o que el menor pueda ocultar o destruir las pruebas que lo comprometan, lo cierto es que son la respuesta especializada que brinda la jurisdicción de menores al problema de la prisión.*

Por su parte en el voto 90-00 del 7 de agosto del 2000 se indicó por dicho Tribunal:

*No es cierta la afirmación del Juzgador en el sentido de que la Ley de Justicia Penal Juvenil no regula la imposición de medidas cautelares ajenas a la prisión provisional del artículo 58 de dicho cuerpo normativo. Ello es un craso error cuando incluso el numeral 59 de dicha ley establece que la prisión preventiva tiene un carácter excepcional y que sólo debe aplicarse en casos extremos en donde no sea aplicable otra medida menos gravosa, siendo que el numeral 121 establece diversas órdenes de orientación y supervisión que pueden válidamente ser aplicadas para mantener a la persona acusada sujeta al proceso.*

---

31 Sobre ello: Llobet Rodríguez, Javier. La prisión..., pp. 271-273.

El problema es que las órdenes de orientación y supervisión se encuentran dentro del catálogo de las sanciones de la Ley de Justicia Penal Juvenil, lo que hace que la remisión a las mismas, como principio, es incorrecta, puesto que debe partirse que tanto la detención provisional, al igual que las otras medidas cautelares que se disponen en el proceso penal, no son sanciones, sino deben tener un carácter procesal.

El Art. 121 inciso b) de la Ley de Justicia Penal Juvenil contempla los diversos tipos de órdenes de orientación y supervisión. Señala dicho inciso:

*(...) El Juez Penal Juvenil podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión:*

- 1. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.*
- 2. Abandonar el trato con determinadas personas.*
- 3. Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados.*
- 4. Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.*
- 5. Adquirir trabajo.*
- 6. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito.*
- 7. Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.*

Importante es que como medidas cautelares dichas órdenes deben estar relacionadas con el peligro de fuga, de obstaculización o para la víctima, el denunciante o testigo. El problema es que, al haberse previsto las diversas órdenes de orientación y supervisión como sanciones, tienen poca relación con dichos peligros. Solamente se podría relacionar la obligación de *instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él* con cualquiera de los peligros indicados, mientras los supuestos de *abandonar el trato con determinadas personas* y de *eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados*, tienen conexión con el peligro de obstaculización y el peligro para el denunciante, la víctima o testigos. Las otras órdenes de orientación difícilmente pueden tener alguna relación con los peligros que se trata de evitar con medidas cautelares menos gravosas que la detención provisional.

El resultado de lo anterior es que las medidas cautelares contempladas en la Ley de Justicia Penal Juvenil son insuficientes. Ante esa situación se ha propuesto la aplicación supletoria de las medidas sustitutivas a la prisión preventiva previstas en el Art. 244 del Código Procesal Penal.<sup>32</sup> En ese sentido se pronunció el Tribunal Penal Juvenil en voto 68-01 del 11 de mayo de 2001, en el que autorizó que se pudiera ordenar el impedimento de salida de un joven. En el voto 65-01 del 10 de mayo del 2001 dicho Tribunal consideró como justificado prevenirle a unos jóvenes la obligación de presentarse cada quince días al Juzgado Penal Juvenil, ello a pesar de tratarse de una medida cautelar no prevista dentro del listado de las órdenes de orientación y supervisión. Lo mismo cabe indicar con respecto al voto 136-01 del 8 de agosto del 2001, que hizo mención también a la obligación de mantenerse en el domicilio.

Sin embargo, el Tribunal Penal Juvenil en voto 133-01 del 9 de agosto del 2001 indicó que no podía aplicarse en forma supletoria el Art. 244 del Código Procesal Penal, ya que la Ley de Justicia Penal Juvenil contiene regulación expresa de las medidas cautelares que pueden disponerse en el proceso, no autorizando así decretar el impedimento de salida del país del joven. Se señaló en este voto:

*Es evidente los numerales 9, 87 y 121 de LJPJ desautorizan expresamente imponer al acusado la medida cautelar en examen, o cualquiera otra que ahí no se encuentre expresamente prevista. De tal suerte, está vedado al juez imponer otras, por más que su intención sea tutelar de derechos del ofendido en el caso particular. En ese sentido lo que resta es una reforma legal que solucione problemas prácticos, y no, violentar la ley positiva. En nuestro criterio las normas 27 y 41 Constitucionales deben garantizarse mediante la ley que así lo posibilite, y no cuando expresamente lo prohíbe.<sup>33</sup>*

El gran problema de esta interpretación es que puede llevar a que ante la imposibilidad de disponer una medida cautelar de menor gravedad para contrarrestar el peligro de fuga o de obstaculización, se llegue a ordenar la de-

---

32 Cf. Armijo Sancho, Gilbert. Las alternativas a la detención provisional. En: Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas. San José, UNICEF, 2000, p. 105.

33 Este voto se contrapone al voto 136-01 del Tribunal Penal Juvenil, pero no es claro cuál fue dictado primero, ya que este voto tiene por fecha 8 de agosto del 2001, mientras el voto 133-01, presenta por fecha 9 de agosto del 2001.



tención provisional. Ese es precisamente el gran error del voto 133-01 del Tribunal Penal Juvenil, el que reconoce ello, resolviendo en definitiva que lo que debe disponerse en definitiva ante el peligro de fuga no es el impedimento de salida, sino más bien la detención provisional. En ese sentido debe entenderse lo indicado por dicho Tribunal al decir en el mencionado voto:

*En todo caso la LPPJ prevé la solución al problema, por cuanto, si autoriza la restricción preventiva de libertad para solucionar el riesgo de fuga a nivel nacional, por razones obvias la autoriza si el riesgo de fuga es de naturaleza internacional.*

Reiterando, en otras palabras, según el Tribunal para la protección del joven no se autoriza que se disponga el impedimento de salida del país del joven, pero ello no es problema, ya que en tal caso lo que corresponde es disponer la detención provisional del joven.

Lo lógico es que se pueda acudir a medidas menos gravosas no previstas entre las órdenes de orientación y supervisión, ello con base en el Art. 59 párrafo 1) de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que indica:

*La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince, y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.* Una disposición como esta se contrariaría si se tuviera que disponer la detención provisional, aun cuando el peligro de fuga existente podría combatir razonablemente con el impedimento de salida del país del joven o bien con la obligación de presentarse al despacho judicial cada quince días. Se agrega a ello que la Convención de Derechos del Niño, la que según la jurisprudencia de la Sala Constitucional tiene rango superior a la misma Constitución,<sup>34</sup> dispone en su Art. 37 inciso b) que la privación de libertad de un joven debe utilizarse tan sólo como medida de último recurso, de lo que se deduce que si existe la posibilidad de evitar la detención provisional a través de una medida cautelar de menor gravedad debe disponerse la misma.

---

34 Cf. Sala Constitucional, voto 3435-92. Véase: Mora Mora, Luis Paulino/Hernández, Nancy. El Derecho Internacional y su influencia en la jurisdicción constitucional costarricense. En: Bertolini, Anarella/Fernández, Hubert (Editores). La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. San José, Universidad Estatal a Distancia, 1996, pp. 67-85.

## IV. Duración de la detención provisional

Como consecuencia del principio de proporcionalidad la detención provisional debe durar el plazo más breve posible.<sup>35</sup> Ello ha llevado al establecimiento de plazos cortos de duración.

Así el Art. 59 párrafos 2) y 3) de la Ley de Justicia Penal Juvenil:

*La detención provisional no podrá exceder de dos meses. Cuando el Juez estime que debe prorrogarse, lo acordara así, estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan.*

*En ningún caso, el nuevo término será mayor de dos meses y el auto en que se acuerde deberá consultarse al Tribunal Superior Penal Juvenil, con remisión de copia de las actuaciones que el Juez estime deben valorarse para disponer sobre la prórroga.*

Se aparta con ello la Ley de Justicia Penal Juvenil de las previsiones del Art. 258 del Código Procesal Penal, que contempla plazos de mucha mayor duración de la prisión preventiva, pudiendo ordenarse la misma por un año y prorrogarse por otro año más por el Tribunal de Casación, ello independientemente de otras prórrogas adicionales contempladas en el Código, que pueden ser dispuestas por el Tribunal de Juicio al dictar una sentencia condenatoria o por Casación al anular una sentencia y disponer el reenvío.

De gran importancia es también el Art. 52 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que prevé que (...) *cuando se trate de menores privados de libertad, los plazos serán improrrogables y a su vencimiento caducará la facultad respectiva (...).*

Se ha planteado en la práctica la discusión acerca de si es posible la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, ello en cuanto establece la prórroga de la prisión preventiva por seis meses en caso de sentencia condenatoria.<sup>36</sup>

La Sala Constitucional en diversos fallos, de carácter obligatorio según su jurisprudencia,<sup>37</sup> ha admitido que la detención provisional dure más de cuatro meses cuando se dictó sentencia condenatoria, autorizándose la prolongación de la detención provisional hasta que la sentencia adquiriera firmeza, de

---

35 Llobet Rodríguez, Javier. La prisión..., pp. 261-262.

36 Véase en este sentido el voto salvado del auto 121-A-99 del Tribunal de Casación Penal, dispuesto el 21 de mayo de 1999.

37 Art. 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

modo que ni siquiera se establece el límite del derecho de adultos de los seis meses de prórroga. Así en el voto 4836-99 del 22 de junio de 1999 indicó la Sala Constitucional:

*El supuesto planteado en este recurso es que la restricción a la libertad del amparado finalizó sin que la autoridad recurrida prorrogara esa medida cautelar. Si bien es cierto en materia de justicia penal juvenil las disposiciones referentes a la continuidad de la prisión preventiva no se suponen aplicables al caso en que el Tribunal haya dictado sentencia condenatoria contra el menor acusado, aunque ésta no se encuentre firme, ya sea porque no ha transcurrido el plazo en el que adquiere firmeza o por la interposición del recurso de casación, el juzgador tiene la posibilidad de restringir la libertad ambulatoria en la medida necesaria para cumplir con aquel fallo. Esta Sala ha señalado que el supuesto en que recae sentencia condenatoria en perjuicio del imputado como una circunstancia que –si bien no modifica el estado de inocencia cuando aún no se ha dado la firmeza del fallo– cambia la situación del imputado respecto de los fines del proceso y añade un elemento que –en caso de haberse mantenido una sospecha de fuga durante todo el proceso– acentúa un riesgo razonable de evasión de la acción de la justicia (véase en ese sentido la sentencia número 0171-97 de las 9:03 horas del 10 de enero de 1997). En el presente caso, la continuidad de la prisión preventiva se ordenó porque el amparado fue sentenciado a cuatro años de prisión y la medida se justificó en razones objetivas y aún antes de que finalizara el plazo de cuatro meses que establece la Ley de Justicia Penal Juvenil, y hasta tanto quede firme la sentencia.<sup>38</sup>*

En contra de que pueda disponerse la detención provisional por más de cuatro meses se pronunció, con razón, el Tribunal de Casación Penal, ello en el voto 121-A-99 del 21 de mayo de 1999, en el que se señaló:

*La ley es clara, en cuanto establece una premisa de partida: el plazo máximo de detención provisional de un menor de edad, es de cuatro meses, sumados el término ordinario y la prórroga. Este límite y la*

---

38 En el mismo sentido véase: Sala Constitucional, voto 8210-97 del 3 de diciembre de 1997. El Tribunal Penal Juvenil en voto 159-01 del 7 de setiembre del 2001, basándose en lo indicado por la Sala Constitucional, estableció límites a la extensión temporal más allá de los cuatro meses de la detención provisional cuando se hubiese dictado sentencia condenatoria, estableciendo que no podría durar hasta que la sentencia estuviera firme, sino solamente por dos meses adicionales.

*imposibilidad de superación, vienen determinados por el texto del (...) Par. 52 (...). Derivan de esta norma dos elementos de interpretación insoslayables: i) vencidos los plazos de privación de libertad de un menor es imposible la prórroga, y ii) vencidos los plazos de privación de libertad de un menor caduca –es decir se pierde, termina, vence o desaparece– la competencia del juez o tribunal para mantener la detención. Como conclusión de la hermenéutica de estos dos artículos, el límite máximo de detención provisional de un menor de edad es de cuatro meses, improrrogables por disposición de la ley y por la preclusión de los poderes de los tribunales para mantener la medida cautelar (...). Durante la deliberación se ha planteado la posibilidad de una aplicación supletoria del c.p.p., de acuerdo a lo que dispone el Par. 9 de la l.j.p.j., y así tener por prorrogada la detención provisional por seis meses en razón de existir sentencia condenatoria; sin embargo, esto resulta imposible por las siguientes razones: i) la supletoriedad solamente se aplica en ausencia de ley expresa, que no es el caso, pues, como se indicó, la l.j.p.j. no guarda silencio y establece claramente la improrrogabilidad de los plazos de detención, así como la pérdida de facultades de los jueces para mantener la medida cautelar por más de cuatro meses; ii) la aplicación supletoria del Par. 258 del c.p.p. no resiste un examen apagógico, pues resulta absurdo que la prórroga sea más alta que el término ordinario de la medida cautelar (...).*<sup>39</sup>

## V. Conclusión

La detención provisional en el Derecho Penal Juvenil presenta particularidades especiales con respecto al Derecho Procesal Penal de adultos, ello especialmente como consecuencia del principio de proporcionalidad, que establece requisitos de mayor intensidad que en el Derecho Procesal Penal de adultos para establecer cuando una detención provisional debe ser tolerada por el imputado. Ello se traduce en que el principio de necesidad, derivado del de proporcionalidad exige que en el caso concreto debe buscarse otras alternativas a la detención provisional, de modo que ésta, al igual que como opera la sanción de internamiento, se convierta en la última ratio. Por otro

---

39 Hay un voto salvado.

lado, el principio de proporcionalidad exige la menor duración posible de la detención provisional en el Derecho Penal Juvenil. Igualmente el sistema de sanciones propio de dicho Derecho tiene como consecuencia del principio de proporcionalidad una amplia influencia sobre la detención provisional, puesto que no es posible la privación de libertad durante el proceso cuando no es factible que se disponga en caso de sentencia condenatoria la sanción de internamiento. ❖



Derecho Penal  
Internacional

V





# El caso Augusto Pinochet

Orlando Guerrero Mayorga

Catedrático de Derecho Internacional Público  
Universidad Americana (UAM)

## I. Resumen

El autor de este Artículo presenta de manera sucinta, la responsabilidad penal individual en Derecho Internacional a través del caso Augusto Pinochet que conforme las sentencias de la House Of Lords de fechas 25 de Noviembre de 1998 y 24 de Marzo de 1999, los autores de crímenes contra la humanidad no pueden cobijarse con la inmunidad de jurisdicción penal para quedar impune dichos crímenes ya que están sujetos a jurisdicción universal y no pueden considerarse dichos actos como propios de un ex jefe de Estado, *ratione materiae*. La dicotomía entre la jurisdicción extraterritorial con la jurisdicción territorial chilena, es resuelta al no acceder el Ministro del Interior Británico, Jack Straw, a conceder la extradición del General Augusto Pinochet a España, por motivos humanitarios, regresando éste a Chile para ser juzgado por su juez natural una vez levantada su inmunidad. Se le acusa de ser autor intelectual y coautor de supuestos delitos, de 18 secuestros y 57 homicidios, perpetrados por la llamada “Caravana de la Muerte”, una comitiva militar que recorrió el país en 1973, exterminando opositores al Régimen de Pinochet, quien había quedado bajo arresto domiciliario, al habersele efectuado exámenes mentales y tomada su declaración indagatoria por el juez Juan Guzmán.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile en dos resoluciones por dos votos contra uno, decidió reducirle los cargos desde “autor” a “encubridor” y levantarle el arresto domiciliario sin que se le haya sobreseído del juicio.

## II. Subjetividad pasiva: la responsabilidad internacional del individuo por los delitos internacionales

¿Qué es la subjetividad pasiva del individuo? Es la obligación que tiene éste de responder ante un órgano investido de jurisdicción internacional por la comisión de hechos delictivos que atenten contra el orden y las normas internacionales.

En la doctrina del tribunal de Nuremberg se define con nitidez lo que es la responsabilidad internacional del individuo en los términos siguientes:

*Hace tiempo se ha reconocido que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos igual que a los Estados. Los crímenes son cometidos contra el Derecho Internacional por hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del Derecho Internacional. El principio de Derecho Internacional que en ciertas circunstancias protege a los representantes de un Estado no puede aplicarse a los actos que tal derecho condena como criminales. Los autores de dichos actos no pueden resguardarse tras sus cargos oficiales para librarse de la sanción de los juicios apropiados.*

*Quien viola las leyes de la guerra no puede lograr la inmunidad por el solo hecho de actuar en obediencia a la autoridad del Estado, al autorizar su actuación, si sobrepasa su competencia según el Derecho Internacional. El hecho de que se le ordene a un soldado que mate o torture en violación del Derecho Internacional de Guerra jamás se ha reconocido como una defensa de tales actos de brutalidad, aunque la orden pueda ser tenida en cuenta para mitigar la sanción. (Artículo 8 del Estatuto de Londres de 1945).*

El Artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1988, establece la responsabilidad penal individual en el sentido de que la Corte tendrá competencia con respecto a las personas naturales que cometan un crimen las cuales serán penadas de conformidad con dicho Estatuto.

Las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949, la IV Convención de La Haya de 1907, la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 forman parte del Derecho Internacional Consuetudinario, por lo que son aplicables también a aquellos Estados que no son parte en las citadas convenciones.<sup>1</sup>

También, lo afirma el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia respecto de las violaciones del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, basándose en la práctica de los Estados relativa al castigo en sus respectivas legislaciones de dichos actos.<sup>2</sup> La responsabilidad penal directa del individuo en Derecho Internacional por el delito de genocidio se deriva, además, de la propia redacción de la Convención de 1948, donde se declara al genocidio delito de Derecho Internacional y se prevé un Tribunal Internacional que debería aplicar directamente la Convención.

Los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad son también crímenes de Derecho Internacional con independencia de que estén o no castigados en el Derecho Nacional. El Artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional declara igualmente la responsabilidad penal individual de las personas físicas (A/CONF, 183/9, 1988, p. 28-29). Podemos concluir que los crímenes de Derecho Internacional son normas consuetudinarias de carácter de *ius cogens* y normas convencionales que establecen una responsabilidad directa del individuo en Derecho Internacional. Que la norma penal emana de un tratado o costumbre internacional vinculante para los Estados, es directamente aplicable a los individuos sin necesidad de intervención de la ley nacional y es perseguible ante un tribunal internacional o ante tribunales nacionales actuando bajo el principio de jurisdicción universal. Que la ley penal internacional declara sancionable penalmente la infracción de una norma dirigida al individuo prohibiéndole u ordenándole la conducta de que se trate, aunque la concreta pena a imponer no se encuentre determinada en la propia ley internacional y aunque el órgano que deba imponer dicha pena no esté aún determinado o no sea un órgano internacional.

### III. Hacia un Tribunal Penal Internacional Permanente

Durante más de 50 años, desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante su resolución 95 de 11 de Diciembre de 1946, la

- 
- 1 PIGRAU SOLE (1994), "Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la Codificación y el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional", en Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, No. 11. Págs. 277 ss.
  - 2 Véase Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction of the Tribunal, 2 Oct. 1995, Case No. IT-94-1-Art. 72, pp. 68 ss, párrafos 128 ss y respecto de los crímenes contra la humanidad, pp. 233 ss, párrafos 620 ss, aludiendo a fuentes internacionales.

actuación del Tribunal de Nuremberg, la Comisión de Derecho Internacional trabajó en la elaboración de un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad y un Estatuto del Tribunal Penal Internacional. En el camino recorrido hacia un Tribunal Penal Internacional Permanente, ha habido muchas dificultades, creándose primero algunos tribunales penales *ad hoc* por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones del Derecho Humanitario Bélico cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991, y en Ruanda y sus Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. El Consejo de Seguridad de la ONU por vía de resoluciones la 827 de 25 de mayo de 1993 y la 955 de 8 de noviembre de 1994 y bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 41 (Amenaza a la Paz y Seguridad Internacionales) y Artículo 29 (Establecimiento de Organismos Subsidiarios), creó dichos tribunales *ad hoc* que son discutibles, ya que el Consejo de Seguridad no es un órgano legislativo. Sin embargo, las atrocidades cometidas en la antigua Yugoslavia y en Ruanda conmocionaron la opinión pública y exigieron una actuación pronta de la justicia. Lo más apropiado hubiera sido la conclusión de un Tratado Internacional por el que los Estados parte establecerían el Tribunal y aprobarían su Estatuto, siendo, además, preferible que dicho tratado hubiese sido diseñado por un órgano internacional competente: la Asamblea General de las Naciones Unidas, aunque dichos procedimientos resultarían largo y complicado, como veremos con la creación por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que requiere de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de 60 Estados (Artículo 126 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

De la forma en que el Consejo de Seguridad creó dichos tribunales se aseguraba la requerida efectividad, pues todos los Estados están obligados a llevar a cabo una decisión tomada como medida ejecutiva de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU.

En su resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996, la Asamblea General decidió celebrar, en 1998, una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para la adopción de una Convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. La Conferencia tuvo lugar en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998. En la Conferencia participaron las delegaciones de 160 Estados y, en calidad de observadores, representantes de organizaciones intergubernamentales y de otras entidades, así como representantes de 133 organizaciones no gubernamentales.

El Estatuto de Roma ha renunciado a una codificación exhaustiva de los crímenes internacionales, limitando la competencia de la Corte a los considera-

dos más graves: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (Artículo 5 del Estatuto de Roma).

La competencia de la Corte se limita a los hechos producidos después de la entrada en vigor del Estatuto (Artículo 11), lo cual no impedirá el enjuiciamiento por otros órganos jurisdiccionales, con competencia para ello, de delitos internacionales cometidos con anterioridad, conforme al Derecho Nacional o Internacional aplicable (Artículos 10 y 22.3 del Estatuto de Roma). Si el procedimiento ante la Corte se inicia a instancias de un Estado parte o a iniciativa del Fiscal, la Corte tendrá competencia únicamente si los hechos se han cometido en el territorio de un Estado parte, o si el presunto autor es nacional de un Estado Parte, o si el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o cuyo nacional es el presunto autor, aun no siendo parte del Estatuto, da su consentimiento expreso a la competencia de la Corte respecto del crimen en cuestión (Artículos 12 y 13 del Estatuto de Roma).

Cuando, por el contrario, el proceso se inicia a instancia del Consejo de Seguridad actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la Corte tendrá competencia aun cuando los países implicados no sean parte ni den su consentimiento (Artículo 13.b del Estatuto de Roma).

Resultará imposible la persecución de delitos cometidos en el territorio o por nacionales de países que no sean parte en el Estatuto y tengan derecho de veto en el Consejo de Seguridad, como puede ser el caso de los Estados Unidos.

Este punto merece una crítica porque viola el principio de igualdad ante la ley, ya que nadie podría pedirle cuenta a ellos, (Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Rusia y la República Popular de China) los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de lo que ocurriera en sus fronteras, ya que no serían parte o siéndolo vetarían la intervención de la Corte, pero sí podrían exigir que se investigara lo ocurrido en cualquier otro lugar.

Por otro lado, hay delitos en el Estatuto de Roma cuya tipificación aún no se conoce y será materia de un acuerdo posterior, como el crimen de agresión (Artículo 5.2) y otros, cuya tipificación queda abierta, como es el caso de los crímenes de lesa humanidad (Artículo 7 párrafo 1.k).

Países como Gran Bretaña y Francia declararon durante la negociación del Estatuto de Roma que no estaban dispuestos a aceptar que el mismo se aplicara a sus nacionales. Estados Unidos ya anunció que no lo ratificará y hasta la fecha, no lo han suscrito países como Rusia, la República Popular de China e Israel.

A pesar de todas las críticas que pueda hacerse al Estatuto de Roma sobre una Corte Penal Internacional, representa el mismo un gran esfuerzo en el desarrollo progresivo y codificación del Derecho Penal Internacional y de la responsabilidad directa del individuo en Derecho Internacional y constituye un paso importante en el proceso de institucionalización de la sociedad internacional.

#### **IV. Definición de delitos internacionales**

Un delito internacional es aquél definido como tal por el Derecho Internacional Público. Sobre los delitos internacionales, la jurisdicción es universal; es decir, los presuntos responsables de la comisión de uno de dichos delitos pueden ser juzgados independientemente de su comunidad internacional. No deben confundirse con éstos los llamados delitos transnacionales o transfronterizos, que son aquellos que se cometen en el territorio de dos o más Estados. Y están definidos en el Derecho Penal interno de cada uno de los Estados y no por el Derecho Internacional. La competencia para su juzgamiento viene de la nacionalidad de los presuntos delincuentes y del lugar donde se cometió el delito tipificado. Como ejemplo, el más notorio de los delitos transnacionales es el narcotráfico. TRIFFTERER apunta la necesidad de distinguir entre crímenes internacionales en sentido estricto y en sentido amplio.<sup>3</sup> Según este autor, los delitos internacionales en sentido estricto amenazan valores jurídicos internacionales como la paz o la integridad de la Comunidad Internacional y para ellos se exige una responsabilidad inmediata fundada directamente en el Derecho Internacional. Respecto de los delitos internacionales en sentido amplio, nos encontramos, en cambio, ante hechos que son reprobables en el Derecho Nacional, pero su represión efectiva puede difícilmente ser ejercida por los Estados respectivos actuando aisladamente; es necesaria una codificación internacional, una cooperación internacional, porque tales actos traspasan las fronteras del Estado o pueden concernir en sus implicaciones a todos los Estados.

La norma recogida en el tratado internacional contiene, no el mandato o la prohibición, dirigida a los individuos de realizar determinadas acciones constitutivas de aquellos delitos, sino mandatos o prohibiciones, dirigidas a otro tipo de sujetos: los Estados, con la intención de que realicen determinadas

---

3 TRIFFTERER O. (1991) "Present Situation, Vision and Future Perspectives", en ESER/LAGODNY (eds.): Principles and Procedures for a New Transnational Law, Freiburg im Breisgan. Págs. 337 ss.

conductas tendentes a hacer más eficaz la lucha contra estos delitos. La consecuencia jurídica de la infracción de dichas normas no será una sanción penal, ni para el Estado, lo cual no es posible, ni para los individuos, sino únicamente la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones. Para que los individuos sean sancionados penalmente por la comisión del delito al que el tratado se refiere, será necesario que el Estado en cuestión haya dictado, cumpliendo con las obligaciones contraídas como parte en el tratado, la ley penal interna correspondiente. Por ello, en estos supuestos de delitos transnacionales y transfronterizos y a diferencia de lo que ocurre con los delitos internacionales, no puede hablarse de ley penal internacional. Por último falta, en estos delitos transnacionales y transfronterizos, la participación o anuencia del propio Estado, que haga indispensable para su represión la intervención del Derecho Penal Internacional.

Se trata, en estos casos, de perfeccionar y armonizar las legislaciones penales internas y de aunar esfuerzos en la lucha contra estos delitos (Gil Gil: 1999: 43 ss). Se puede concluir, por tanto, que no existe una norma internacional, dirigida a los individuos, que prohíba, bajo amenazas de pena, traficar con drogas o secuestrar buques, aviones o falsificar monedas, pero sí existe una norma internacional que prohíbe cometer genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión. Con relación a los primeros hemos de reconocer que no nos hayamos ante delitos internacionales sino transnacionales o transfronterizos.

## 1. ¿Cuáles son los delitos internacionales?

Siguiendo el Estatuto de Roma podemos definir estos delitos en cuatro categorías:

- a) ***El genocidio***: Es la acción perpetrada con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Comprende las matanzas; las lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros de un grupo; el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y el traslado, por la fuerza, de niños del grupo a otro grupo.
- b) ***Crímenes de lesa humanidad***: Son los actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Comprende el asesinato, el exterminio, la esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, la tortura, la prostitución o el embarazo forzado, la persecución de un grupo o colectividad

con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en referencia a los dos sexos, masculino y femenino, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables en conexión con cualquier crimen de la competencia de la Corte; el secuestro y la desaparición forzada de personas; el apartheid y otros “actos inhumanos de carácter similar, que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

- c) **Crímenes de guerra:** Son las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario. En conflictos internacionales están tipificados en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Y en conflictos internos son crímenes de guerra las violaciones graves al Artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra y a las leyes y usos internacionales aplicables en estos conflictos no internacionales. Por ejemplo, el homicidio, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y la toma de rehenes de personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que se hayan rendido o hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida o detención. Son también violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario cualquier forma de ataque intencional contra la población civil (como un todo) o contra las personas civiles (individualmente consideradas); el reclutamiento de menores de quince años o su utilización para participar activamente en las hostilidades; el desplazamiento forzado de poblaciones por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles o razones militares imperiosas.
- d) **Crímenes de agresión:** En el Estatuto de la Corte son los crímenes contra la paz. No están definidos en el Estatuto, pero lo serán en el futuro. Son los actos de dirección, apoyo, colaboración y encubrimiento de una guerra de agresión. Las excepciones al principio de prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales son: a) la legítima defensa; b) las medidas de seguridad colectivas ordenadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta; y c) la empleada, si no hubiere otra opción, por los movimientos de liberación nacional. Pero éstos no son tales sino cuando representan a un pueblo en su lucha por la autodeterminación contra un Estado colonial, racista y de ocupación.



## 2. Naturaleza de estos delitos

Estos crímenes son violaciones gravísimas a las normas del Derecho Internacional Imperativo (*Ius Cogens* en latín). No son, por lo mismo, prescriptibles, y no admiten amnistía ni indulto; y pueden ser juzgados por cualquier Estado, sin importar de qué nacionalidad son o dónde se cometieron, ni el cargo oficial de una persona o las inmunidades. El genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de su culpabilidad en la comisión de tales crímenes, serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

Al definir anteriormente lo que es un delito internacional, nos referíamos al genocidio, a los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión. Consideramos importante agregar que los responsables de estos crímenes no pueden invocar ninguna inmunidad o privilegio especial para sustraerse a la acción de la justicia. Como crimen internacional, la naturaleza y las condiciones de su responsabilidad, son establecidas por el Derecho Internacional, con independencia de lo que pueda establecerse en el Derecho Interno de los Estados. Esto significa que el hecho de que el Derecho Interno del Estado no haya incorporado, en su catálogo de delitos, el crimen contra la humanidad o no imponga pena alguna por un acto que constituye un crimen de lesa humanidad, no exime de responsabilidad en Derecho Internacional a quien lo haya cometido.

Se diferencian los delitos internacionales de los delitos transnacionales y transfronterizos, ya que no existen en éstos una norma internacional dirigida a los individuos, que prohíba, bajo amenaza de pena, traficar con drogas o secuestrar buques o aviones o falsificar monedas. Pero sí existe una norma internacional que prohíbe cometer genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión, aunque éste no esté todavía definido en el Estatuto de Roma.

La ausencia de tipos penales, en el Derecho Penal Interno para reprimir los crímenes contra la humanidad y una pretendida inmunidad para dejar en total impunidad estos crímenes, no cabría, ya que están animados por el carácter de *Ius Cogens* de la persecución y el castigo universal y no puede invocarse la falta de tipificación y la inmunidad del funcionario público que lo cometa, como obstáculo para enjuiciar y sancionar a sus autores.

## V. La sentencia de la House of Lords, con fecha 25 de noviembre de 1998

Esta sentencia, por tres votos contra dos, concluyó que el General Pinochet no gozaba de inmunidad. La cuestión examinada era decidir, si en su calidad de ex jefe de Estado, goza de inmunidad ante la detención y el proceso de extradición en el Reino Unido en relación con actos presuntamente cometidos mientras era jefe de Estado.

1. Los argumentos a favor de la inmunidad fueron dados por Lord Slynn y Lord Lloyd desde diferentes vertientes.

Para Lord Slynn, el problema a resolver es que acciones pueden constituir actos oficiales, esto es, propio de la función pública. El entiende, con un criterio puramente formal, que son todos los actos realizados en el ejercicio de sus funciones como jefe de Estado, sin perjuicio de que por vía de interpretación de la Convención de Viena y de la Ley pueda esta inmunidad verse reducida.

Como puede apreciarse, el argumento parte de una premisa: la inmunidad general del jefe de Estado respecto de todos sus actos y la responsabilidad como excepción. La excepción se establecería respecto de los denominados crímenes internacionales, que, en algunas ocasiones, se han plasmado en acuerdos que para que puedan ser aplicados en los Tribunales Nacionales del Estado deben tener el carácter de una ley que haya cumplido su tramitación formal en el Parlamento.

Lord Slynn termina concluyendo que como ninguna de las convenciones que reprimen los delitos de los que se acusa a Pinochet Ugarte (tortura, genocidio y toma de rehenes), contiene una disposición que anule expresamente la inmunidad tradicional que el derecho internacional confiere a un jefe de Estado o ex jefe de Estado y éstos, según su entender, son actos oficiales ya que fueron llevados a cabo mientras tenía tal calidad, goza de los privilegios de la Inmunity Act de 1978.<sup>4</sup>

Lord Lloyd of Berwick mantuvo la inmunidad de Pinochet, porque ella está reconocida en principios de derecho consuetudinario que forman parte del derecho común inglés: un ex jefe de Estado disfruta de inmuni-

---

4 HORMAZABAL-MALAREE. 2000 Págs. 170-172.

dad continuada respecto a los actos de gobierno que llevó a cabo como jefe de Estado porque en ambos casos son actos del propio Estado y éste sólo podría ser juzgado en el extranjero si dicho Estado renunciara a la inmunidad.<sup>5</sup>

2. Los argumentos rechazando la inmunidad fueron expuestos por Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn y Lord Hoffmann.

Para Lord Nicholls y Lord Hoffmann no consideran como funciones propias de un jefe de Estado todos sus actos, incluidas la tortura o la toma de rehenes, que han sido declarados delitos por la comunidad internacional.

Para Lord Steyn matiza que la extradición de Pinochet procede en tanto que es ex jefe de Estado, ya que si todavía lo fuera tendría inmunidad incluso respecto de los actos de tortura. Para Lord Steyn, el problema es de límite, respecto de ciertos actos que constituyen, conforme a las leyes internacionales, crímenes internacionales punibles. En tal situación se encontrarían el genocidio, la tortura, el secuestro y los crímenes contra la humanidad, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Tales actos no pueden considerarse como actos propios de un jefe de Estado pues constituiría una burla al derecho internacional.<sup>6</sup>

## **VI. La sentencia de la House of Lords con fecha 24 de marzo de 1999**

Esta segunda sentencia dictada por haber sido declarada nula la anterior, si bien confirmó la falta de inmunidad de Pinochet, redujo los delitos extraditables sólo a los de tortura cometidos a partir del 29 de septiembre de 1988, fecha en que entró en vigor la Criminal Justice Act de 1988, que incorporó la Convención Internacional contra la Tortura. El Tribunal estuvo integrado por siete jueces, de los cuales, seis votaron por la carencia de inmunidad de Pinochet y uno por la inmunidad.

1. Los argumentos a favor de la inmunidad.

Lord Goff of Chieveley señaló que el punto de discusión es si los actos fueron realizados por Pinochet en el ejercicio de funciones como jefe de

---

5 HORMAZABAL-MALAREE. 2000 Pág. 172

6 HORMAZABAL-MALAREE. 2000 Pág. 173

Estado, pues mientras estuvo en el poder disfrutó de inmunidad *ratione personae* y cuando cesó, *ratione materiae*.

A su juicio, el solo hecho de que se trate de un delito, en este caso tortura, el que se imputa al jefe de Estado, no excluye la inmunidad estatal, pues para ello habría sido necesaria una renuncia expresa a la inmunidad en el instrumento internacional.

Las funciones oficiales, según Lord Goff of Chievell, deben entenderse como opuestas a actos privados. Luego, concluye este juez, todas las funciones de un jefe de Estado son funciones de gobierno, incluso un acto delictivo.

## 2. Los argumentos rechazando la inmunidad.

Para Lord Browne-Wilkinson, en lo que se refiere al punto de la inmunidad distinguiría entre inmunidad *ratione personae* de la que gozaría el jefe de Estado mientras desempeña sus funciones respecto de cualquier acto e inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos oficiales llevados a cabo mientras era jefe de Estado.

Por lo tanto, Pinochet gozaría de inmunidad *ratione materiae* en relación con los actos que son propios de sus funciones oficiales como jefe de Estado.

Sobre esta base, este juez rechaza que la tortura, que es un crimen internacional de carácter *ius cogens*, pueda ser considerada una función que sea propia de un jefe de Estado. No existe, por tanto, al respecto, inmunidad *ratione materiae* y puede ser perseguida la responsabilidad por estas conductas cuando el jefe de Estado cesa en sus funciones.<sup>7</sup>

Para Lord Hope of Craighead, las obligaciones reconocidas por la costumbre internacional por crímenes internacionales son tan fuertes que excluyen la posibilidad de invocar inmunidad *ratione materiae*. Chile perdió esta inmunidad cuando ratificó la Convención contra la Tortura, ya que a su juicio esta Convención tenía por objeto principal establecer una jurisdicción extraterritorial. Se trataba de actos que han adquirido el estatuto de *ius cogens* de acuerdo con el derecho internacional. Frente a tales actos los Estados están obligados *erga omnes* a castigarlos.<sup>8</sup>

---

7 HORMAZABAL-MALAREE. 2000 Pág. 174

8 HORMAZABAL-MALAREE. 2000 Pág. 175

Lord Hutton considera que los actos de tortura llevados a cabo no pueden ser funciones propias de un jefe de Estado, según el Derecho Internacional. Pero matiza que tal inmunidad podría ser hecha valer si se tratara de una demanda civil, pero no respecto de procesos penales por tortura.<sup>9</sup>

Para Lord Saville of Newdigate y Lord Phillips of Worth Matravers se suman con sus votos particulares implícita y explícitamente a los argumentos anteriores. Pinochet Ugarte tendría inmunidad *ratione materiae* respecto a los actos oficiales propios de un jefe de Estado, entre los que no se cuentan los actos de tortura.<sup>10</sup>

El voto particular de Lord Millet resulta notable por cuando difiere de sus compañeros de Tribunal en un aspecto importante. Si bien afirma la inmunidad *ratione personae* para el jefe de Estado, respecto de cualquier conducta y *ratione materiae* para el ex jefe de Estado respecto de los actos propios del cargo, sostiene que la responsabilidad internacional puede hacerse efectiva respecto de cualquier crimen contra la humanidad, pues conllevan una jurisdicción universal si infringen el *ius cogens* y por su gravedad y escala suponen un ataque contra el orden legal internacional. Por eso concluye que como la costumbre internacional forma parte del Common Law, los Tribunales ingleses tienen y han tenido siempre jurisdicción criminal extraterritorial con respecto a los crímenes que la costumbre internacional define como crímenes de jurisdicción universal.<sup>11</sup>

## VII. El desafuero del General Augusto Pinochet

Un tribunal de apelaciones chileno alcanzó una decisión en la causa sobre el desafuero legislativo de Augusto Pinochet, fuentes indicaron que la Corte había votado, en fallo dividido, a favor de despojar de inmunidad al General, lo que despejaría el camino para su enjuiciamiento.

Los jueces demoraron una hora y media en resolver sobre la situación procesal de Pinochet, cuyo desafuero como senador vitalicio fue pedido por ocho

---

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 HORMAZABAL-MALAREE. 2000 págs. 175-176.

abogados querellantes, que lo acusan de tener responsabilidad en el secuestro de diecinueve opositores, en octubre de 1973.

La Corte de Apelaciones despoja al Gral. Pinochet de su inmunidad legislativa por 13 votos a 9, y resolvió que puede ser enjuiciado por el secuestro de opositores bajo su régimen. Este hecho se da el cinco de junio del 2000.

## VIII. El arresto domiciliario del General Augusto Pinochet

El 1 de diciembre del año 2000, la Corte Suprema de Justicia de Chile revocó el auto de procesamiento contra el General Augusto Pinochet debido a que el juez Juan Guzmán no le había tomado la declaración indagatoria.

El 24 de enero del año 2001, el juez Juan Guzmán, sometió a un interrogatorio a Augusto Pinochet en su residencia. Las preguntas del juez Guzmán fueron dirigidas a establecer si, como superior jerárquico, Pinochet ordenó cometer los delitos por los que se les acusa a algunos de sus subordinados. El General Pinochet negó haber ordenado matar a nadie.<sup>12</sup>

El 29 de enero del año 2001, nuevamente el juez Juan Guzmán ordenó el procesamiento y arresto domiciliario de Augusto Pinochet como “autor” y “coautor” de 57 homicidios y 18 secuestros cometidos por la “Caravana de la Muerte” una comitiva comandada por el General en retiro Sergio Arellano Stark, que recorrió cinco ciudades de Chile apurando los juicios sumarios contra los detenidos opositores al régimen político de Pinochet, un mes después del golpe de Estado del entonces Presidente Salvador Allende.

El juez Guzmán desestimó el sobreseimiento de la causa solicitado por la defensa de Pinochet, que argumentaba que la salud de su defendido le impide afrontar un juicio, ya que los exámenes neurológicos, psiquiátricos y psicológicos, practicados al General Pinochet de acuerdo con la ley de Procedimiento Penal para inculpados mayores de 70 años (Pinochet tiene 85 años de edad), determinaron que padece una “demencia moderada” de origen vascular subcortical, en consecuencia al no estar demente podía encausársele.<sup>13</sup>

El 8 de febrero del año 2001, se difundió un documento firmado por el General Pinochet cuando fungía como gobernante de facto en el cual éste ordena-

---

12 *El Nuevo Diario*, 24/1/2001.

13 *La Prensa*, 30/1/2001.

ba que no se investigaran las torturas y ejecución a que fue sometido el Ingeniero Civil Eugenio Ruiz Tagle, primo del expresidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle. La información se refiere también a otras trece ejecuciones cometidas por la comitiva militar conocida como “Caravana de la Muerte”, en la localidad norteña de Antofagasta pocos días después del golpe de estado del 11 de septiembre de 1973.<sup>14</sup>

***La reducción de los cargos que se le imputan al general Pinochet y el levantamiento del arresto domiciliario.***

El 8 de marzo del año 2001, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, por dos votos contra uno, confirmó el procesamiento y arresto del ex-presidente de Chile, Augusto Pinochet, pero decidió reducirle los cargos desde “autor” a “encubridor”.

***La resolución del Tribunal puede ser recurrida de casación ante la Corte Suprema de Justicia de Chile.***

Sin embargo, el procesamiento del General Pinochet regresa a manos del juez Juan Guzmán, quien deberá ordenar a funcionarios del Servicio de Registro Civil e Identificación que sometan al General Augusto Pinochet a una filiación, es decir, que le tomen fotografías de frente y perfil con el número de cédula de identidad y sus huellas digitales.

La resolución consideró que sólo existen presunciones fundadas de que Pinochet tuvo una participación de “encubridor”, por cuanto conoció los hechos cuando éstos ya se habían cometido y “no denunció los delitos ante los tribunales competentes”.<sup>15</sup>

El 15 de marzo del año 2001, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, por dos votos contra uno, levantó el arresto domiciliario que cumple el General Augusto Pinochet en su casa de verano en la localidad de los Boldos, 130 kilómetros al suroeste de Santiago.

Queda pendiente la decisión de la propia Corte de Apelaciones sobre una solicitud presentada de sobreseimiento del juicio por motivos de salud, ya

---

14 *La Prensa*, 9/2/2001.

15 *La Prensa*, 10/3/2001.

que no estaría el General Pinochet, en condiciones físicas de enfrentar un proceso judicial.<sup>16</sup>

El destacado escritor chileno, Ariel Dorfman, en un artículo aparecido con el título "Hace muchos años que pienso en las manos de Pinochet"<sup>17</sup> se refiere a éste, de la manera siguiente: "Hace años, sí, que pienso en las manos del General Pinochet. Hace años que sueño con el instante en que terminen de tomarle las huellas dactilares, el instante próximo cuando le tocará por fin el turno al rostro del ciudadano Augusto Pinochet Ugarte. Primero de frente y luego de perfil. Así, mi General. Así mismo. Como si fuera un criminal".

## IX. Conclusión

Con el regreso del General Pinochet a Chile se ha reafirmado la jurisdicción y soberanía de Chile para juzgar a Augusto Pinochet ante los tribunales chilenos. Éste podrá utilizar todos los argumentos y pruebas que le brinda la legislación chilena para demostrar su inocencia, si la hubiera, con todas las garantías del debido proceso. Se fortalece el principio de igualdad ante la ley, ya que no sólo los humildes, sino también los poderosos responden ante los tribunales.

Los crímenes de Derecho Internacional presuntamente cometidos por Augusto Pinochet violentan normas consuetudinarias de carácter de *ius cogens* y normas convencionales que establecen una responsabilidad directa del individuo sin necesidad de intervención de ley nacional y son perseguibles ante un tribunal internacional o ante tribunales nacionales actuando bajo el principio de jurisdicción universal.

La ausencia de tipos penales en el Derecho Penal interno, para reprimir los crímenes contra la humanidad y una pretendida inmunidad para dejar en total impunidad estos crímenes, no cabría como lo declarara la House of Lords por delitos de tortura, ya que están animados por el carácter de *ius cogens* de la persecución y el castigo universal y no puede invocarse la falta de tipificación y la inmunidad del ex jefe de estado o cualquier funcionario público que cometa crímenes de lesa humanidad, como obstáculo para enjuiciar y sancionar a sus autores o encubridores sea un jefe de estado o un ex jefe de estado.

---

16 *El Nuevo Diario*, 15/3/2001.

17 *El Nuevo Diario*, 21/12/2001.



Estos delitos son imprescriptibles en cuanto a la acción penal y a la pena. No cabe la obediencia debida como eximente de la responsabilidad penal, el asilo político diplomático, la amnistía y el indulto. Pero sí cabe la extradición, aunque en el caso del general Pinochet el Ministro del Interior Británico, Jack Straw, se negó a concederla por motivos humanitarios.

Se tiene que llegar a la verdad jurídica y a la verdad material, condenando a los autores de las múltiples violaciones a los derechos humanos fundamentales, cometidas en el pasado contra el pueblo chileno, contra ciudadanos españoles, ingleses y de otros países europeos, así como también ejecutados de países de América Latina y Centroamérica, que piden justicia y seguirán luchando por obtenerla.

Creemos que es tiempo para que la balanza de la justicia funcione para todos sin excepción alguna. Si en el pasado no se pudo, ahora con la democracia y el Estado de derecho es el momento para que se paguen todos los abusos cometidos en contra de la humanidad.

El caso Augusto Pinochet pasará a la historia como un hito procesal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, muy importante en el tema de la Universalización de los Derechos Humanos y el Principio de colaboración por parte de los Estados en la persecución y castigo de los crímenes contra la humanidad.

Abrigamos la esperanza que la justicia y el orden jurídico se impondrán ante el arma homicida y ante el que la pone en su mano y da la orden de fuego para cometer actos de brutalidad sin ninguna compasión a la humanidad. ❖



Investigaciones

VI



# **Estadísticas sobre violencia y armas de fuego Nicaragua, 2000-2002<sup>1</sup>**

Elvira Cuadra Lira  
Maribel Padilla Jara

Investigadoras del Centro de Estudios Internacionales (CEI)

## **I. Presentación**

Desde antes del año 2000, el Centro de Estudios Internacionales ha desarrollado diversas actividades alrededor del tema de las armas de fuego en Nicaragua y en el ámbito internacional. Pero a partir de la realización del diagnóstico nacional en el año antes señalado, se ha abierto una línea de investigación y acción sistemática alrededor de este tema como resultado de una legítima preocupación sobre las consecuencias de la proliferación, falta de control y mal uso de las armas de fuego, especialmente aquellas que se encuentran en manos de civiles.

El diagnóstico del año 2000 ha sido el punto de partida para identificar una serie de debilidades en el tratamiento del tema, tanto por parte del Estado nicaragüense como de las organizaciones de sociedad civil preocupadas por el tema; así como en relación a la escasa información sobre el particular.

El diagnóstico indicó que, prácticamente, no existía ninguna información oficial o independiente sobre el tema de las armas de fuego en el país. De ahí que la línea de investigación pudiese completar el diagnóstico nacional con

---

1 Centro de Estudios Internacionales (CEI)

las necesidades de información que se plantearon entonces, a saber: dimensión institucional, estadísticas y factores culturales.

Así, en el mismo año 2000 se realizó un estudio comparativo preliminar de las leyes centroamericanas para el control de armas de fuego. Eso permitió dimensionar las diferencias entre países y sobre todo, algunos vacíos de la legislación nicaragüense. Durante el año 2001 se diseñó y ejecutó una investigación cuyo objetivo era profundizar en el análisis de la dimensión institucional, para ello se realizó un estudio detallado de toda la legislación y normativas vigentes sobre el tema, se las comparó con otras legislaciones del área centroamericana y latinoamericana, y se realizó un análisis de las capacidades del sistema de control que implementa la Policía Nacional.

Los resultados de este estudio indican claramente los vacíos y debilidades del marco jurídico nacional y el sistema de control vigente. Es una herramienta valiosa para los formuladores de políticas y legisladores a fin de elaborar y aprobar una ley específica en la materia para el país. La realización de este estudio contó con el apoyo del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, CIID, de Canadá.

Una vez cubierta la demanda de información en el ámbito institucional, quedaba pendiente la falta de información estadística que permitiera cuantificar el problema especialmente en lo que se refiere a su impacto sobre la misma sociedad y explorar si éste podía ser relacionado a ciertos factores culturales de la sociedad nicaragüense. Se inició entonces la ejecución de un nuevo proyecto de investigación en el marco de la colaboración entre el CEI y la Fundación Ford, de Estados Unidos.

En su primera fase el proyecto tiene como objetivo construir una base de datos estadística que pueda brindar información básica sobre: los hechos de violencia relacionados con las armas de fuego, las armas involucradas, las víctimas de estos hechos de violencia y los victimarios.

La segunda fase es un estudio de casos en comunidades rurales del país para identificar los principales factores culturales que influyen en el uso y portación de las armas de fuego entre civiles. Esta investigación está iniciando y se esperan los resultados durante la segunda mitad del año 2003.

Adicionalmente, en el marco del Proyecto Ford-CEI se está elaborando un manual de capacitación sobre el peligro de las armas de fuego y se espera poder desarrollar una prueba piloto del mismo en los próximos meses del 2003. El objetivo del manual es preparar material didáctico que sea de utilidad a las personas que desean tramitar o tienen una portación para armas de fuego, a fin de que conozcan no solamente los requisitos necesarios para

hacer el trámite ante las autoridades policiales, sino también que tengan información básica sobre las medidas de seguridad y el peligro que implica el poseer este tipo de instrumentos.

Con estas acciones el Centro de Estudios Internacionales espera hacer una contribución al debate y las acciones del país para tratar el problema de las armas de fuego, convencidos de que cualquier acción de incidencia es más efectiva si se cuenta con información veraz, confiable y actualizada sobre el tema.

Aprovechamos la oportunidad para agradecer el apoyo que han brindado diversas instituciones nacionales e internacionales para desarrollar esta línea de investigación, especialmente al CIID y la Fundación Ford.

## **II. Introducción**

Una de las principales faltas en la información nacional sobre el tema de las armas de fuego en manos de civiles, es la escasa disponibilidad de estadísticas que permitan cuantificar y dimensionar el problema, pero particularmente sus consecuencias dentro de la misma población civil.

Por diversas razones, esta información no es generada en ninguna de las instituciones estatales vinculadas con el tema y tampoco es recogida por organizaciones civiles. A partir de esta necesidad se pensó en iniciar la recopilación de una estadística que permitiera tener perfiles básicos de los hechos en los cuales se ven involucradas armas de fuego, las características de las armas, las víctimas y los victimarios.

El primer paso fue decidir la fuente más confiable para recopilar la información. En este caso se optó por trabajar con los datos que ofrecen los dos diarios de mayor circulación en el país: El Nuevo Diario y La Prensa. Esta decisión se tomó considerando que construir la base de datos a partir de los registros de la Policía daría como resultado estadísticas relativas únicamente a los hechos denunciados; en el caso de los diarios, se tendría acceso a hechos denunciados y no denunciados, un dato que interesaba conocer. Pero además porque incluye incidentes que no necesariamente son delitos, como es el caso de los suicidios. El período seleccionado fue el de los años más recientes, partiendo desde el 2000 hasta el año pasado más reciente, el 2002.

Seguidamente, se diseñó una ficha para recoger la información de cada caso reportado en los periódicos y durante el período señalado. La ficha tiene información básica sobre el hecho, las armas, las víctimas y los victimarios. Algunas de las variables y categorías se seleccionaron tomando en cuenta la

clasificación que la Policía hace en sus anuarios estadísticos, de tal forma que se pudieran establecer comparaciones con los datos oficiales.

Entre septiembre y diciembre del año 2002 se realizó el fichaje de los casos revisando diario por diario e introduciendo la información en una base de datos automatizada con un programa estadístico de uso frecuente en las ciencias sociales. La base de datos cuenta actualmente con 1,796 registros correspondientes a los años 2000, 2001 y 2002.

### III. Resultados

Esta sección agrupa los resultados de los primeros cruces realizados con la base de datos en cinco subtemas: perfil de los hechos, perfil de las armas, perfil de las víctimas y perfil de los victimarios y una comparación con algunas estadísticas policiales correspondientes al período examinado.

En el perfil de los hechos se trata de caracterizar qué fue lo que ocurrió, cómo, dónde y por qué ocurrió. El perfil de las armas caracteriza el tipo de armas utilizadas, cuándo y dónde. Mientras tanto, el perfil de las víctimas intenta caracterizarlas según su sexo, edad y lugares donde fueron agredidas. El perfil de los victimarios desagrega datos por sexo y edad. Finalmente, la comparación con las estadísticas policiales intenta dimensionar los hallazgos de esta base de datos con índices generales de delitos recogidos por la institución.

#### 1. Perfil de los hechos

El perfil de los hechos contiene un conjunto de informaciones que nos permiten caracterizar los incidentes de acuerdo a su tipo, año de ocurrencia, meses de ocurrencia, áreas (urbana o rural), horas de ocurrencia, móvil y si fue o no denunciado a las autoridades.

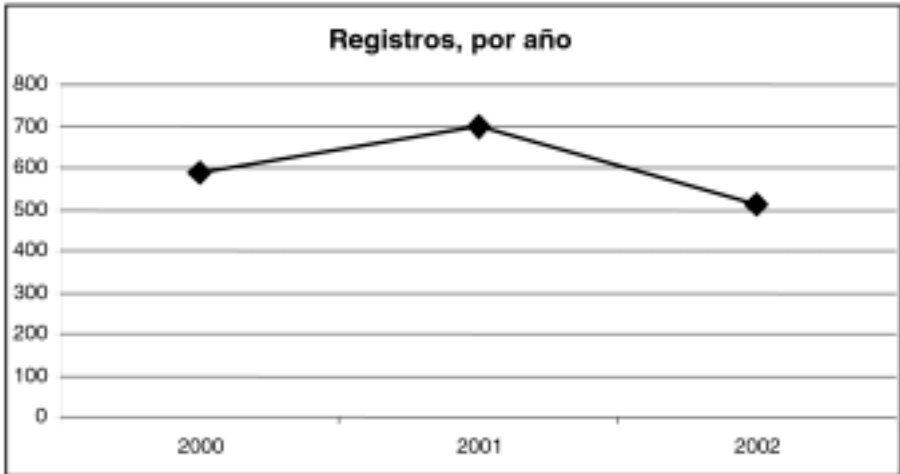
**Tabla 1**

	2000	2001	2002	Total
Frecuencia	586	698	512	1796
Porcentaje	32.6	38.8	28.5	100

La Tabla 1 muestra la distribución de los registros por cada uno de los años. Puede observarse que el año base, 2000, contiene el 32.6% de los registros, experimenta un incremento al año siguiente, 2001, con el 38.8% y disminuye sustantivamente en el año 2002 hasta el 28.5%.



**Gráfico 1**



La siguiente, Tabla 2, muestra las frecuencias de los tipos de hechos y/o delitos registrados durante el período señalado. Como se puede apreciar, la mayoría de los hechos corresponden con delitos agrupados por la Policía en

**Tabla 2**

Hechos	2000	2001	2002	Total
Secuestros	11	17	6	34
Lesiones	60	71	73	204
Robo con violencia	5	8	5	18
Homicidio	52	67	63	182
Violación	6	6	7	19
Parricidio	–	2	–	2
Robo con fuerza	7	8	8	23
Homicidio frustrado	2	8	7	17
Hurto	9	15	13	37
Suicidio	12	26	18	56
Asesinato	108	100	88	296
Intento asesinato	46	32	16	94
Intento homicidio	6	6	8	20
Amenazas	5	18	10	33
Robo frustrado	4	7	3	14
Robo con escalamiento	2	–	–	2
Exp. personas al peligro	12	11	17	40
Robo con intimidación	191	232	146	569
Otros	33	35	19	87
N/D	15	29	5	49
<b>Total</b>	<b>586</b>	<b>698</b>	<b>512</b>	<b>1796</b>

familias denominadas “contra las personas” y “contra la propiedad”, algunos más son suicidios y otros delitos.

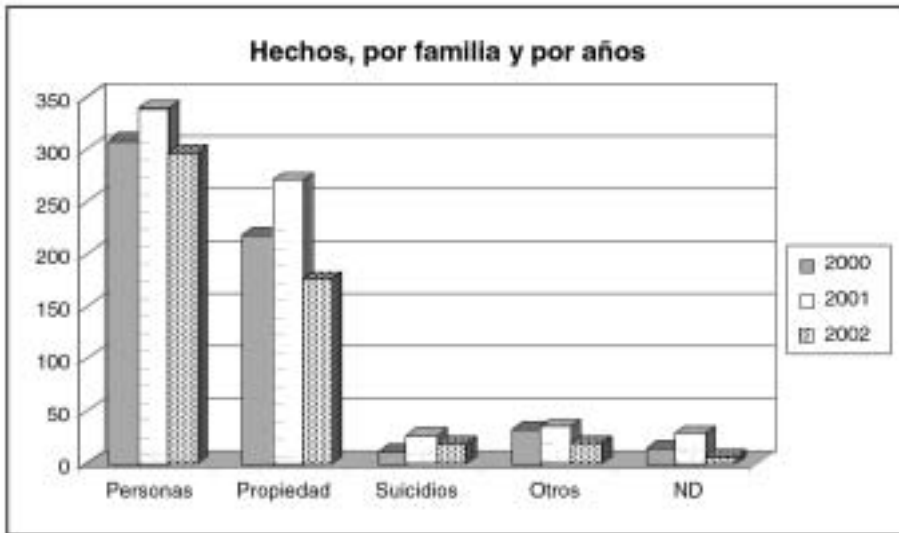
La familia de delitos contra las personas ocupa el primer lugar en hechos violentos que involucran armas de fuego, seguido de los delitos contra la propiedad, otro tipo de delitos y los suicidios.

**Tabla 3**

Familia	2000	2001	2002	Total
Personas	308	338	295	941
Propiedad	218	270	175	663
Suicidios	12	26	18	56
Otros	33	35	19	87
ND	15	29	5	49
Total	586	698	512	1796

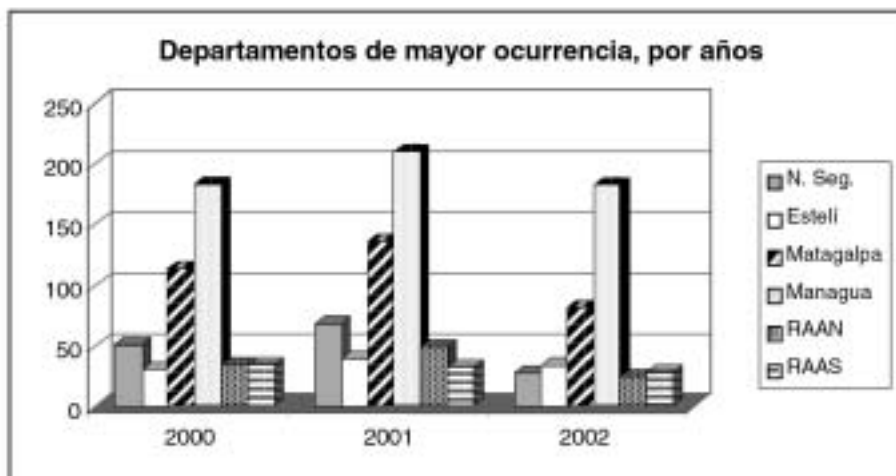
Los hechos con los porcentajes más altos en los tres años son: los robos con intimidación (31.6%), los asesinatos (16.4%) y las lesiones (11.3%); todos ellos además son los de más alta peligrosidad en sus respectivas familias.

**Gráfico 2**



Los departamentos donde se presentan las más altas frecuencias de incidentes son en orden descendente: Managua, Matagalpa y Nueva Segovia. Estelí, aunque sigue la tendencia general, experimenta un incremento con respecto a Nueva Segovia durante el año 2002. Les siguen las dos Regiones Autónomas.

**Gráfico 3**



Son las áreas urbanas las que presentan los mayores porcentajes de ocurrencia. Es importante notar en este caso que los datos pueden estar reflejando un subregistro en las áreas rurales.

**Gráfico 4**

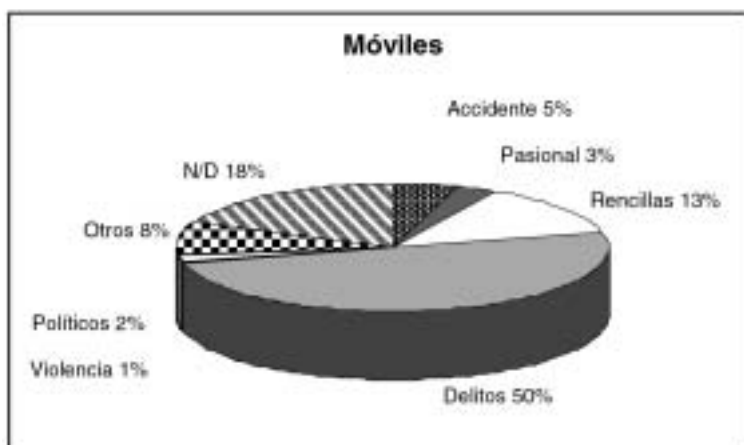


Las horas en las que se produjeron la mayor cantidad de incidente fueron entre las 4 de la tarde y las 12 de la noche.

Entre los diferentes móviles para que ocurriera el hecho se encuentran: delitos, rencillas personales, accidentes, pasionales, violencia intrafamiliar, políticos y otros.

**Tabla 4**

Horas	2000	2001	2002
00:00-04:00	34	54	33
04:00-08:00	20	27	20
08:00-12:00	55	62	27
12:00-16:00	55	46	40
16:00-20:00	65	89	46
20:00-24:00	79	94	63
N/D	278	326	263

**Gráfico 5**

De acuerdo con los registros, el 74.2% de los incidentes fueron denunciados ante las autoridades, solamente el 0.3% no fueron denunciados y en el 25.4% de los casos no se pudo determinar si habían sido reportados a la Policía.

**Tabla 5**

	2000	2001	2002	Total
Denunciado	526	541	266	1,333
No denunciado	1	4	1	6
N/D	59	153	245	457
Total	586	698	512	1,796

## 2. Perfil de las armas

El perfil de las armas contiene información para caracterizar el número, tipo, departamentos y situación de las armas involucradas en los hechos. Cada una de estas informaciones está desagregada por años.

La Tabla 6 muestra los porcentajes correspondientes a los tipos de armas más utilizados en cada departamento del país, por años.

**Tabla 6**

Departamento/Tipo arma	2000	2001	2002
<b><i>N. Segovia</i></b>			
Cortas	33	37	29
De guerra	10	9	21
De cacería	8	3	7
<b><i>Jinotega</i></b>			
Cortas	36	29	25
De guerra	18	12	37
De guerra/cortas	9	12	19
<b><i>Madriz</i></b>			
Cortas	14	12	40
De guerra	14	25	40
De cacería	14	25	
<b><i>Estelí</i></b>			
Cortas	30	20	38
De guerra	13	26	18
De cacería	10	8	6
<b><i>Chinandega</i></b>			
Cortas	36	33	37
De guerra	9	10	17
Cacería	18	10	4
Hechizas	9		8
De guerra/cortas		20	4
<b><i>León</i></b>			
Cortas	38	50	9
De guerra	15	20	9
De cacería	8		27

*continúa  
en la siguiente  
página*

**Tabla 6:** [continuación]

Departamento/Tipo arma	2000	2001	2002
<b>Matagalpa</b>			
Cortas	25	27	38
De guerra	28	26	22
De cacería	8	7	5
<b>Boaco</b>			
Cortas	12	8	44
De guerra	37		22
De guerra/cortas	25	23	6
<b>Managua</b>			
Cortas	45	43	45
De guerra	10	4	9
Cortas/blancas	6	3	4
<b>Masaya</b>			
Cortas	33	62	37
De cacería	12	12	12
<b>Chontales</b>			
Cortas	31	12	42
De guerra	19	50	16
De guerra/cortas	19		16
<b>Granada</b>			
Cortas	14	31	37
De guerra	14	15	25
<b>Carazo</b>			
Cortas	30	41	56
De guerra	30	23	11
<b>Rivas</b>			
Cortas	43	33	40
De guerra	29	17	
<b>Río San Juan</b>			
Cortas	67		50
<b>RAAN</b>			
Cortas	3	12	8
De guerra	48	50	44
<b>RAAS</b>			
Cortas	24	28	50
De guerra	24	16	7
De cacería	9	19	7

Como puede apreciarse en la mayoría de los departamentos las armas con mayor presencia son las armas cortas, las armas de guerra y las de cacería. En algunos sitios como la RAAN, Carazo, Boaco y Matagalpa es notable cómo en un porcentaje importante de incidentes son utilizadas las armas de guerra.

También vale la pena señalar que en algunos departamentos como Chinandega, Boaco, Managua, Chontales y Jinotega se dieron porcentajes significativos de hechos que involucran el uso combinado de armas de guerra y armas cortas, o bien, armas cortas y armas blancas. Este dato contribuye a dimensionar mejor la peligrosidad de este tipo de incidentes.

En la siguiente, Tabla 7, se detallan las cantidades de armas involucradas en los incidentes, por años. Este dato también contribuye a esclarecer la peligrosidad de los delitos, pues se puede identificar claramente en cuantos casos estaban involucradas una o más armas y la cantidad total de armas involucradas.

**Tabla 7**

	2000	2001	2002	Total
Cantidad de armas	883	814	639	1305
Casos en los que no hay datos precisos	136	255	115	491
Total casos	586	698	512	1796

**Gráfico 6**



En la mayoría de los casos, hay involucrada solamente un arma, pero igualmente importantes son los porcentajes en los casos donde hay involucradas dos y tres armas (Tabla 8).

Finalmente, la Tabla 9 y el Gráfico 7 muestran la situación legal de las armas involucradas en los hechos registrados, en porcentajes. Como puede apre-

**Tabla 8**

Cantidad de armas utilizadas	2000	2001	2002	Total
1	46.4	41.0	54.9	46.7
2	11.6	8.6	10.2	10.0
3	8.7	6.4	7.0	7.3
4	3.2	3.7	2.3	3.2
5	2.6	1.6	1.6	1.9
6	2.9	.9	.8	1.5
7	0.2	0.4	0.4	0.3
8	0.5	-	0.2	0.2
9	0.3	0.4	0.2	0.3
10	0.3	0.4	-	0.3
Más de 10	1.2	0.7	0.6	0.8
No hay datos disponibles	22.0	35.8	21.9	27.3
Total de casos	586	698	512	1796

ciarse en todos los años, la mayoría de las armas estaban ilegales o no registradas, aunque es importante notar la dificultad de información con los porcentajes de casos en los que no se tienen datos.

**Tabla 9**

	2000	2001	2002
Legal	11.5	12.3	15
Ilegal	28.5	33.5	14
N/D	60	54.2	70.9

**Gráfico 7**



### 3. Perfil de las víctimas

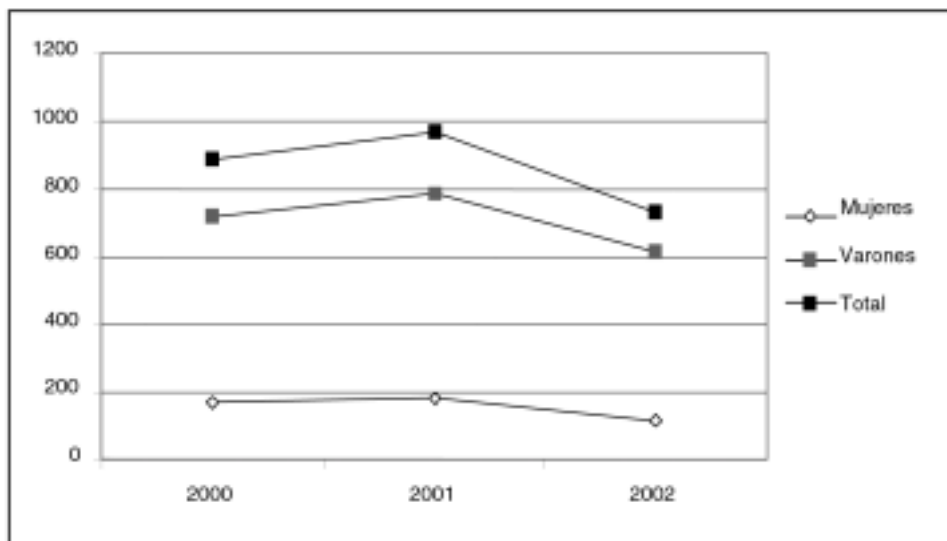
En esta sección se incluyen algunos datos sobre las víctimas: número de víctimas por años, sexo, edades y lugares donde fueron agredidos según sexo y años.

Durante el período estudiado resultaron un total de 2,592 víctimas, de las cuales 467 fueron mujeres y 2,125 fueron varones. En el Gráfico 8 puede apreciarse cómo la tendencia tiende a bajar en el último año después de un leve incremento en el 2001.

**Tabla 10**

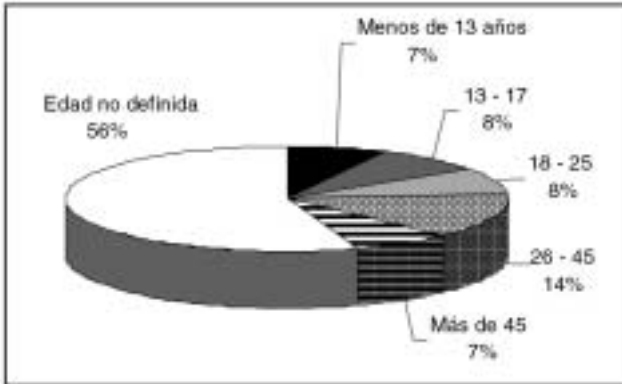
	2000	2001	2002	Total
Mujeres	172	181	114	467
Varones	719	788	618	2125
<b>Total</b>	<b>891</b>	<b>969</b>	<b>732</b>	<b>2592</b>

**Gráfico 8**



En el 56% de las víctimas mujeres no se pudo determinar la edad. El 14% estaban en el rango de los 26 a los 45 años, y los rangos entre los 13-17 y 18-25 años alcanzaron el 8% cada uno. Igual ocurre con los rangos "menos de 13" y "más de 45", los cuales alcanzaron el 7% cada uno.

**Gráfico 9**



La Tabla 11 muestra los lugares donde las mujeres fueron agredidas con las armas de fuego. Los porcentajes corresponden con el total de casos. Se puede observar que la casa de habitación, la vía pública y los centros de trabajo son los tres lugares con los porcentajes más altos.

**Tabla 11**

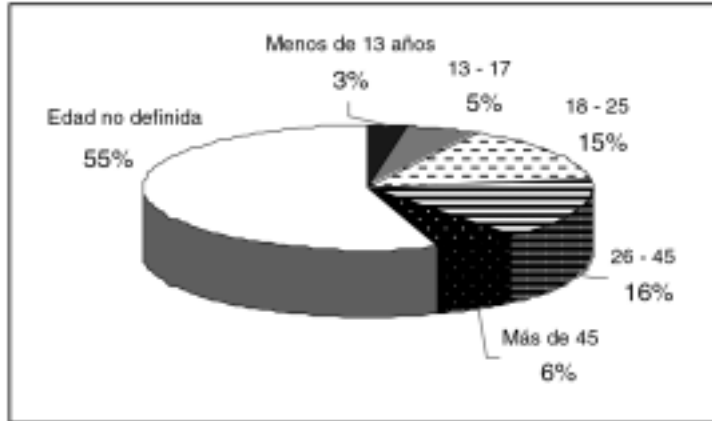
Lugar	Frecuencia	%
Vía Pública	164	37
Casa	176	39.7
Trabajo	45	10.1
Diversión	14	3.1
Estudio	2	0.4
Monte/Finca	20	4.5
Centro comercial	16	3.6
Otros	6	1.3

Los porcentajes más altos de víctimas varones, mientras tanto, se encuentran en los rangos 18 a 25 y 26 a 45, con 15 y 16% respectivamente. Igual que en el caso de las víctimas mujeres, en el 55% de los casos no se pudo determinar la edad de la víctima.

A diferencia de las mujeres, las víctimas varones fueron agredidas mayoritariamente en la vía pública, seguido de la casa de habitación, tal como muestra la Tabla 12.

La mayoría de las víctimas muertas fueron varones, los cuales presentan una enorme diferencia en la cantidad de víctimas mujeres muertas en cada uno de los años señalados.

**Gráfico 10**



**Tabla 12**

Lugar	Frecuencia	%
Vía Pública	765	51.1
Casa	318	17.7
Trabajo	118	6.5
Diversión	75	4.1
Estudio	4	0.2
Monte/Finca	143	7.9
Comercial	30	1.6
Otros	23	1.2

**Tabla 13**

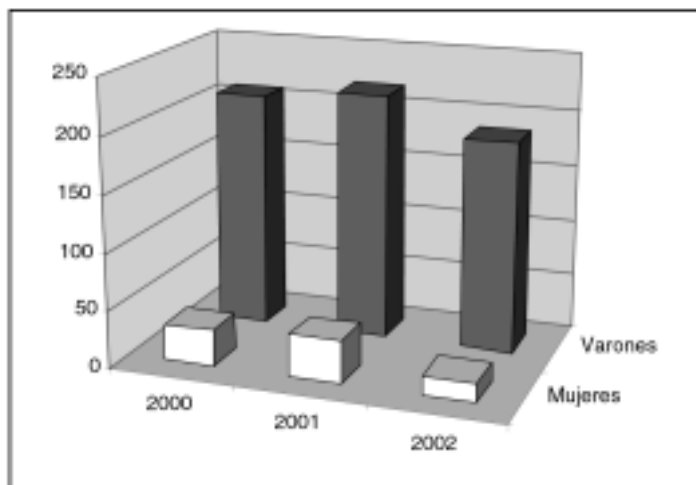
	2000	2001	2002	Total
Varones	209	218	187	614
Mujeres	31	37	17	85
Total	240	255	204	699

La tendencia se repite en el caso de las víctimas heridas. En la mayoría de los casos este tipo de lesiones fueron sufridas por las víctimas varones. La cantidad de víctimas mujeres heridas es significativamente menor.

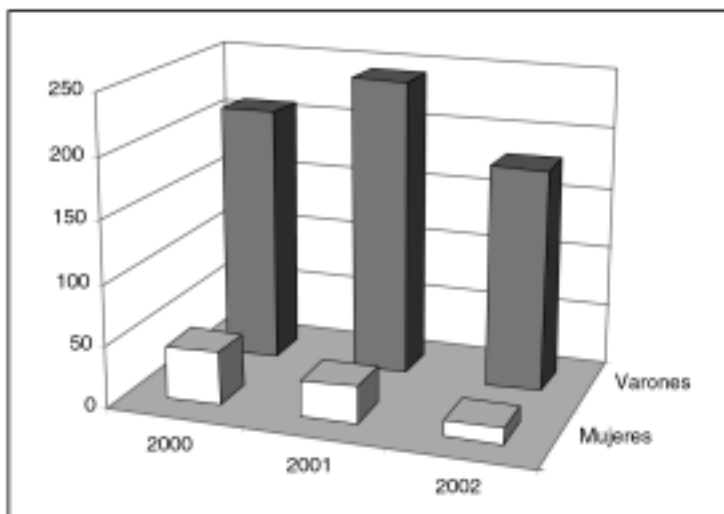
**Tabla 14**

	2000	2001	2002	Total
Varones	210	243	181	634
Mujeres	43	30	13	86
Total	253	273	194	720

**Gráfico 11**



**Gráfico 12**



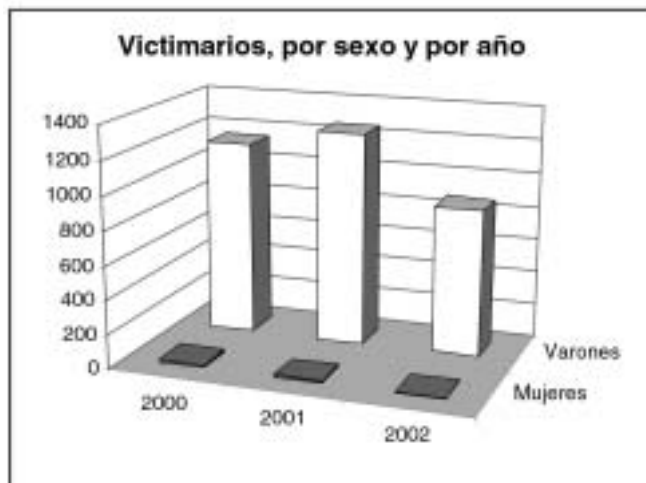
En el caso de las víctimas muertas los datos muestran una tendencia en la cual el número de víctimas se incrementa ligeramente en el año 2001 y luego disminuye en el 2002. Sin embargo, en el caso de las víctimas heridas vale la pena notar que la tendencia cambia, pues muestra un comportamiento decreciente.

Adicionalmente, también es importante llamar la atención en la enorme diferencia de víctimas varones y mujeres, lo cual podría deberse a un subregistro de los casos donde se ven afectadas víctimas mujeres.

#### 4. Perfil de los victimarios

Como en el caso de las víctimas, esta sección presenta datos básicos que caracterizan a los victimarios, desagregando la información por sexos y edades.

**Gráfico 13**



Es notable observar cómo la cantidad de victimarios varones es significativamente superior que la de mujeres en todos los años.

En relación con las edades de los victimarios, en general, las fuentes de información no ofrecieron mayores datos. Tanto en el caso de los varones como de las mujeres la falta de información en relación asciende a 83 y 70%, respectivamente. Con todo es posible identificar en los datos disponibles los porcentajes según los diferentes rangos de edad.

**Tabla 15**

Edades	Varones (%)	Mujeres (%)
Menos de 13	0.3	2.3
13 - 17	1.5	2.3
18 - 25	7.3	2.3
26 - 45	5.4	21.4
Más de 45	1.5	1.1
Edad no definida	83	70.2

## Comparaciones con estadísticas policiales

En esta sección se establecen un par de comparaciones con las estadísticas recogidas en los anuarios de la Policía Nacional con el propósito de ubicar los hechos de violencia con armas de fuego en relación con los que ocurren a nivel nacional. Es necesario advertir que las comparaciones solamente son posibles en este momento para los años 2000 y 2001 pues no se disponen de los datos policiales relativos al año 2002.

La Tabla 16 muestra la relación entre los hechos de violencia con armas de fuego y la ocurrencia de delitos a nivel nacional. La comparación se hace entre familias delictivas.

**Tabla 16**

Familia	Delitos registrados		Hechos con armas de fuego			
	2000	2001	2000	%	2001	%
Personas	26,546	32,011	308	1.1	334	1
Propiedad	40,599	46,523	218	0.5	270	0.5
Otras	8,596	11,611	60	0.6	90	0.7

En términos generales, los delitos o hechos de violencia con armas de fuego no representan porcentajes significativos respecto del total de delitos registrados por la Policía durante los dos años señalados. En todos los casos, los porcentajes son iguales o inferiores al 1%.

Una diferencia sustantiva se observa sin embargo, cuando se establecen comparaciones entre tipos de delitos por años, especialmente en los delitos de mayor peligrosidad de las dos familias más numerosas: los delitos contra las personas y los delitos contra la propiedad (Tabla 17).

Esta tabla muestra claramente la peligrosidad de las armas de fuego especialmente en los delitos de asesinato, pues en ambos años el porcentaje en relación con el total de asesinatos registrados por la Policía sobrepasa el 55%.

**Tabla 17**

Delitos	Delitos registrados		Hechos con armas de fuego			
	2000	2001	2000	%	2001	%
Asesinato	185	177	108	58.3	100	56.4
Homicidios	291	360	52	17.8	67	18.6
Lesiones	20,046	23,446	60	0.2	71	0.3
Robo con intimidación	3,444	4,429	191	5.5	232	5.2

## A manera de conclusiones

Los datos recogidos en la base de datos estadísticas arrojan un perfil básico del mal uso de las armas de fuego en la sociedad nicaragüense para los años 2000, 2001 y 2002.

Permiten identificar los rasgos básicos de los incidentes de violencia que han involucrado armas de fuego, las características principales de las armas empleadas, un perfil básico de las víctimas y de los victimarios. Además permiten dimensionar o ubicar el impacto de las armas de fuego con respecto a los datos registrados por la Policía Nacional.

Estos datos son de momento, únicos en el país, pues ninguna institución oficial o independiente recoge este tipo de estadística. Sirven entonces como una referencia básica para comprender y analizar el problema de las armas de fuego en manos de la población nicaragüense.

Es importante notar, sin embargo, que falta mucho por hacer a fin de disminuir los márgenes de error en los registros. Algunas dificultades encontradas en este proceso fueron:

- Los posibles sesgos que padecen los registros a causa de la cobertura territorial y las fuentes primarias de las informaciones. Esto quiere decir que, al trabajar con reportajes periodísticos se presume que la mayoría de los datos se concentran en las áreas urbanas cercanas al medio de comunicación y a las fuentes policiales.
- Aparentemente los periodistas encargados de las secciones que recogen este tipo de información en los diarios no siguen un patrón básico para recoger los datos, lo cual hace que en muchos casos se tenga información completa y en otros solamente datos parciales. Esto incrementa la frecuencia en la categoría N/D dentro de la base de datos.

Las dificultades antes señaladas se encuentran relacionadas al tipo de fuentes utilizadas y apuntan a realizar un trabajo más estrecho con los medios de comunicación en cuanto al registro o documentación de los hechos para que, además de informar a la población, puedan servir a los propósitos de la investigación.

Al otro lado de la balanza, el uso de estas fuentes tiene sus ventajas:

- Después de los policiales, parecen ser los registros más confiables y con la mayor cantidad de información.
- Recogen una buena cantidad de datos a nivel de todos los departamentos del país.

- Permiten realizar un seguimiento diario de los hechos de violencia.
- La elaboración de una ficha por cada caso.
- Conocer de casos que no son reportados a la Policía Nacional.

Como primer ejercicio ha resultado satisfactorio, sin embargo abre nuevas demandas de información no solamente para los posibles usuarios de la base de datos sino también en la presentación de la información por parte de los medios de comunicación; requiere una validación de la base de datos, no solamente para mejorarla sino para que en futuro permita mayores posibilidades de análisis.

Una lectura del conjunto de los datos recopilados hasta ahora indica que:

1. Contrario a lo que se podría pensar, la cantidad de delitos o hechos de violencia con armas de fuego respecto del total de registros de la Policía Nacional, es poco significativo.
2. El impacto de la violencia con armas de fuego alcanza porcentajes significativos en aquellos delitos de mayor peligrosidad, tales como los asesinatos, homicidios, lesiones y robos con intimidación. Eso quiere decir que mientras más peligroso sea el hecho de violencia más posibilidades existen de que esté presente un arma de fuego.
3. Tal como se comprobó en el diagnóstico inicial del año 2000, el mayor porcentaje de hechos son cometidos con armas cortas, seguidos por las armas de guerra en segundo lugar y las armas de cacería en tercer lugar.
4. Otro hecho comprobado es que las armas de guerra continúan siendo un problema grave para la seguridad de las personas en algunas zonas del país, especialmente las áreas rurales.
5. También se corroboró que la mayoría de las armas de fuego involucradas en estos hechos se encuentran en situación de ilegalidad.
6. Tanto las víctimas como los victimarios son mayoritariamente varones, lo cual indica que existe una relación directa entre uso de armas de fuego y comportamientos de género.
7. Un dato interesante se refiere a los lugares donde son atacadas las víctimas. En el caso de las mujeres éste lugar es la casa de habitación mientras en el caso de los varones es la vía pública. Esto confirma también que este tipo de hechos está vinculado a cierto tipo de patrones culturales de comportamiento genérico. ❖



Estudios  
y Comentarios  
Jurisprudenciales

VII



# El Código de la Niñez y la Adolescencia: un Estatuto de Ciudadanía

Sergio J. Cuarezma Terán

Director  
Instituto Centroamericano de Estudios Penales  
de la Universidad Politécnica de Nicaragua

**Sumario:** I. Introducción. II. Estructura y contenido del Código de la Niñez y la Adolescencia. 1. Título preliminar. 2. Libro primero. 3. Libro segundo. 4. Libro tercero. Justicia penal especializada de adolescente. III. Conatos de reformas. 1. Proyecto de reforma del Partido Camino Cristiano Nicaragüense. 2. Proyecto de reforma del Partido Liberal Constitucionalista. IV. Mitos y realidades. V. Un proceso de marchas y contramarchas.

## I. Introducción

La aprobación y aplicación del Código de la Niñez y Adolescencia ha representado un presupuesto invaluable en el fortalecimiento del Estado Social de Derecho de Nicaragua.

El Estado de Derecho es la garantía real de las libertades y de que cada agente social pueda disponer de un horizonte confiable para sus actividades y asegura que la institucionalidad pública se remita a sus áreas de competencias, sin desbordarse, propiciando que los ciudadanos puedan desplegar sus iniciativas con libertad. En este sentido, el Estado de Derecho, como uno de los principios que con valor superior establece la Constitución Política nicaragüense dentro de la amplia perspectiva del Estado Democrático y Social de Derecho, fija un conjunto de preceptos que sujetan a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución y a las leyes. Establece y garantiza un sistema de derechos sociales, económicos, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana. Asume la tarea de transformar la sociedad, buscando corregir, conforme a derecho, las desigualdades de toda índole.

En esta línea de pensamiento, el Código de la Niñez y Adolescencia responde a la necesidad de articulación y conformación del orden social, no limitada al plano de la justicia social en cuanto a los bienes materiales, sino tocando también los bienes culturales. Este modelo de legislación habrá de caracterizarse por permitir el libre desarrollo de la personalidad, fundamentándose en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana y actualizando al resto del ordenamiento jurídico con la finalidad de que se haga efectiva la igualdad constitucional.

El reconocimiento en el ámbito constitucional de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niños, obligó al legislador a reformar y adecuar el ordenamiento jurídico relativo a la niñez y adolescencia. Nicaragua, al suscribir y ratificar la Convención, se comprometió a adoptar, gradualmente, el máximo de medidas para incorporar su contenido en las leyes, y en las políticas y programas públicos, que favorezcan la atención y los cuidados que todos las niñas y niños requieren para su pleno desarrollo. Hay que destacar que la plena vigencia que adquiere la Convención por medio de la Constitución Política (art. 71) creó una ambigüedad jurídica con relación a las leyes vigentes de la Nación, tanto en su fundamento ideológico como en su letra, ya que la legislación del país, de naturaleza tutelar, estaba basada en la doctrina de la situación irregular (tuteladora y represiva). Los principios jurídicos que la Convención introduce, de la doctrina de la protección integral (garantista), constituyen el fundamento axiológico del Código de la Niñez y la Adolescencia.

## **II. Estructura y contenido del Código de la Niñez y la Adolescencia**

El 20 de noviembre de 1989, la comunidad internacional, representada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, extendió la protección de los derechos humanos a uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, al aprobar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.<sup>1</sup> Este documento es un esfuerzo de la comunidad internacional de otros realizados a favor de la niñez, como reflejan los múltiples textos sobre la materia, entre otros, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing y aprobada por las Naciones Unidas en 1995; y de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad y las Directrices de las

---

1 Suscrita y ratificada por Nicaragua en 1990.

Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil conocidas respectivamente como Reglas y Directrices de Ryad, aprobadas en 1991.

La Convención protege los derechos de las personas menores de 18 años y con un criterio positivo y orientado hacia el futuro solicita a los Estados que la ratifican, que creen condiciones para que las niñas y niños puedan participar activa y creativamente en la vida social y política de su país. La Convención cubre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y reconoce que no puede disfrutarse de un derecho si se carece de los otros. Prohíbe la discriminación y abre nuevas brechas al establecer el derecho de la niñez a participar en su propio desarrollo, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que los afecten.

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia unificó la mayoría de edad a los 18 años, tanto para varones como para mujeres, e instituyó el principio de interés superior y protección integral, que establece que las medidas concernientes a las niñas y niños (hasta los 12 años) y los adolescentes (hasta los 18 años) que tomen las instituciones públicas y privadas, los tribunales (civiles o penales), las autoridades administrativas y los órganos legislativos, deben considerar su desarrollo integral y su bienestar y eliminó el fundamento de la ideología tutelar, separar las niñas o niños de su familia por pobreza: “En ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres, o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela” (art. 22 Código de la Niñez y la Adolescencia).

El Código de la Niñez y la Adolescencia está configurado por un Título Preliminar y tres libros.

### **Código de la Niñez y la Adolescencia**

Título Preliminar	Fundamentos y principios del Código	Arts. 1 al 11
Libro Primero	Derechos, libertades, garantías y deberes	Arts. 12 al 55
Libro Segundo	De la política y el consejo nacional de atención Integral a la niñez y adolescencia	Arts. 56 al 94
Libro Tercero	Sistema de justicia penal especializada	Arts. 95 al 234

Fuente: Código de la Niñez y la Adolescencia

## **1. Título preliminar**

El Título Preliminar regula la protección integral que la familia, la sociedad, el Estado y las instituciones privadas deben brindar a las niñas, niños y adolescentes. Considera como niña y niño a los que no hubiesen cumplido los 13

años de edad y adolescentes a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad, no cumplidos. También reconoce que éstos son sujetos sociales y de derecho y que por tanto, tienen derecho a participar activamente en todas las esferas de la vida social y jurídica, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes; que nacen y crecen libres e iguales en dignidad. Prohíbe cualquier forma de discriminación, explotación, traslado ilícito dentro o fuera del país, violencia, abuso o maltrato físico, psíquico y sexual, tratamiento inhumano, aterrador, humillante, opresivo, trato cruel, atentado o negligencia, por acción u omisión a sus derechos y libertades.

Establece que la familia es el núcleo natural y fundamental para el crecimiento, desarrollo y bienestar integral de las niñas, niños y adolescentes. Por tanto, la familia debe asumir plenamente sus responsabilidades, su cuidado, educación, rehabilitación, protección y desarrollo. Es deber de la familia, la comunidad, la escuela, el Estado y la sociedad en general asegurar con absoluta prioridad, el cumplimiento de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes referentes a la vida, la convivencia familiar, identidad, nacionalidad, salud, alimentación, vivienda, educación, medio ambiente, deporte, recreación, profesionalización, cultura, dignidad, respeto y libertad. Esta garantía de absoluta prioridad, la comprende el Título en la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, especial preferencia en la formulación y ejecución de las políticas públicas encaminadas a crear las condiciones de vida que garanticen el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección y promoción de la niñez y la adolescencia.

Respecto a las niñas, niños y adolescentes que pertenezcan a comunidades indígenas, grupos sociales étnicos, religiosos o lingüísticos o de origen indígena, el Título Preliminar les reconoce, en armonía con el principio constitucional,<sup>2</sup> el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponde a sus tradiciones históricas y culturales, conforme a la Constitución Política. En este sentido, el Estado asume el compromiso de garantizar a las niñas, niños y adolescentes que pertenezcan a tales comunidades indígenas o grupos sociales, a tener derechos que le corresponden en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, educativa, a profesar y practicar su propia religión, costumbres y a emplear su propio idioma, entre otros derechos y garantías.

---

2 Arto. 5 Cn "Son principios de la nación nicaragüense: ...el pluralismo...étnico". Cfr. Arto. 180 y 181 Constitución Política de Nicaragua.

## 2. Libro Primero

En el Libro Primero se recogen los principios fundamentales. Se establece el derecho intrínseco a la vida desde su concepción, pero a la vez, a la protección del Estado a través de políticas que permitan su nacimiento, supervivencia y desarrollo integral y armonioso en condiciones de una existencia digna. El derecho a la libertad, a la seguridad, al respeto y a la dignidad como personas humanas en proceso de desarrollo y con características particulares como sujetos de los derechos establecidos en la Constitución Política; a la nacionalidad, a tener un nombre propio, a conocer a su madre y padre y a ser cuidados por ellos; a su intimidad y a estar protegido de abusos e injerencias en su vida privada y la de su familia o en su domicilio, pertenencias, propiedades o correspondencia (salvo en los casos establecidos en la Ley), ni de ataques a su honra o reputación. También reconoce el derecho a la libertad individual; de pensamiento, conciencia, opinión y expresión; de creencia y culto religioso; de recreación, cultura, arte y prácticas de deporte; de participación en la vida familiar, vida escolar y en la comunidad, sin discriminación alguna; participación en la vida social y política de la Nación en la forma que la ley lo establezca; a buscar refugio, auxilio y orientación en cualquier circunstancia de necesidad o peligro y participar en reuniones y asociaciones según su edad e interés.

Por otra parte, expresa que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral o escrita o por cualquier otro medio —este derecho incluye la libertad de expresarse, manifestarse y ser escuchado en sus opiniones, ideas, necesidades y sentimientos en los diversos aspectos y situaciones de su vida personal, familiar, escolar y social, además de buscar, recibir y difundir informaciones, ideas que promuevan su desarrollo integral. El derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte sus derechos, libertades y garantías, ya sea personalmente, por medio de un representante legal o de la autoridad competente, en consonancia con las normas de procedimiento correspondientes según sea el caso y en función de la edad y madurez. La inobservancia de dicho derecho “causará nulidad” absoluta de todo lo actuado en ambos procedimientos.

Uno de los ejes que cruza el Código de la Niñez y la Adolescencia es precisamente un modelo de convivencia fundado en la familia y el papel que juega ésta dentro de lo que es la protección integral de la niñez y la adolescencia. En este sentido reconoce, entre otras cosas, el derecho a su familia, por lo que no deberán ser separados de su madre y padre, salvo cuando la convivencia con uno o ambos representen un peligro para la vida, integridad física y desarrollo integral del niño o la niña; y la separación de su familia deberá

ser ordenada mediante resolución judicial motivada, bajo pena de nulidad, en procedimiento contencioso. Y, en ningún caso, la falta de recursos materiales de las madres, padres o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela.

### **3. Libro Segundo**

El Libro Segundo establece la protección especial dirigida a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de riesgo, amenaza o de violación a los derechos establecidos en el Libro I y que son reconocidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En el Código de la Niñez y la Adolescencia se abandona el concepto de niños abandonados objetos de intervención por parte del Estado, y diseña una “atención integral” para toda la niñez del país, compartida por el Estado, la sociedad y la familia e incluye todos aquellos esfuerzos dirigidos a garantizar que las niñas y niños gocen del más alto nivel de atención y servicio. Estas políticas de protección especial están dirigidas a los niños, niñas y adolescentes cuando sufran abusos o negligencias, carezcan de familia, se encuentren refugiados en otros países, sean víctimas de conflictos armados, se encuentren en centros de protección o de abrigo; cuando trabajen y sean explotados sexualmente y/o económicamente, cuando sean adictos a sustancias tóxicas o psicotrópicas; cuando se encuentren en total desamparo, deambulen en las calles, sufran algún tipo de lesión y cuando las adolescentes se encuentren embarazadas o estén en cualquier situación que restrinja sus derechos.

En materia de protección especial, se establece un conjunto de medidas preventivas y restrictivas; dirigidas principalmente a la familia, los establecimientos, medios de comunicación, empleadores y a otras instancias vinculadas con la niñez, referidas a prohibiciones para regular el acceso de niñas, niños y adolescentes a determinados centros, de suministro de bebidas alcohólicas, sustancias tóxicas, entre otras.

### **4. Libro Tercero. Justicia penal especializada de adolescente**

En la doctrina de la situación irregular los adolescentes no son considerados responsables de los delitos que cometen y por el contrario se trata de sustraerlos del Derecho penal. En esta situación el adolescente es considerado un “objeto” de protección que no tiene capacidad de conocimiento de los actos que realiza, por lo que no se puede pensar, ni siquiera, en una responsabilidad atenuada con respecto a la responsabilidad de los adultos. Contra-



ria a esta doctrina la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño determina que es necesaria la atribución de una responsabilidad penal atenuada en el caso de los adolescentes que cometen un delito.

Esta atenuación de la responsabilidad obedece a la condición especial de los sujetos a quienes se les aplica, los cuales son adolescentes, y se trata de una diferencia de grado que se manifiesta, como lo señala Alessandro Baratta, "en el establecimiento de sanciones diferentes", es decir, "sanciones específicas con finalidades específicas por su calidad de ser aplicadas a menores de edad". Sin embargo aunque su finalidad sea la de reeducar, comportan siempre una cierta restricción de derechos y son productos de la realización culpable de un acto tipificado como delito por la ley penal.

Aparte del fin represivo que conlleva la responsabilidad en el Derecho penal común, en el Derecho penal especial de adolescentes la represión adquiere una finalidad particular, que es la de crear una conciencia de responsabilidad por sus actos y no sólo una visión de naturaleza asistencial como la que promueve la doctrina de la situación irregular.

Con la nueva concepción de la doctrina de la protección integral y la punitivo-garantista del Derecho penal especial de adolescentes, se han tratado de corregir los errores provocados por la concepción tutelar. De esta manera, y a diferencia de la orientación tutelar, se establecen claramente principios básicos para la imposición de medidas. Se trata de Principios contenidos en el Código de la Niñez y la Adolescencia como el de legalidad, debido proceso, racionalidad y proporcionalidad, el de determinación de las clases de medidas y el de duración de las mismas.

Estos principios fijan un marco de legalidad dentro del cual, el Juez debe resolver los aspectos esenciales sobre la determinación y aplicación de las medidas. La nueva orientación punitivo-garantista, reconoce que aunque el adolescente es un ser en formación, la tutela o protección no puede negarles sus derechos y libertades fundamentales.

En esta línea de pensamientos el Libro Tercero crea un Sistema de Justicia Penal Especializada. Este sistema plantea un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes de "responsabilidad con garantías", cuyas características serían las siguientes: Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales; refuerzo de la posición legal de los adolescentes con mayor responsabilidad; una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basada en principios educativos y la reducción de sanciones privativas de libertad. Las características del proceso son, entre otras: el sistema es acusatorio, el juicio oral y público, la conciliación y a

la víctima u ofendido del delito se le integra como una parte en el proceso, con el objeto de equilibrar o disminuir las tensiones en el mismo. En general se encuentran todas las garantías y principios que integran el debido proceso constitucional. (Ver en Anexo N° 1, Tabla comparativa de derechos, principios y garantías fundamentales entre la Ley Tutelar de Menores (LTM, 1974) (y su reglamento) y el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA, 1996).

### **III. Conatos de reformas**

El sistema de justicia penal especializada para adolescentes del Código de la Niñez y la Adolescencia no sólo constituye un nuevo sistema de valores, ni constituye únicamente un sistema de derechos, garantías y deberes para los adolescentes en conflicto con la ley penal, sino que es una novedosa respuesta del Derecho acorde a la naturaleza compleja de la delincuencia o desviación juvenil, para enfrentar el problema con nuevos contenidos de prevención y control para el Derecho penal de adolescentes. Esta justicia especializada trata de crear una nueva cultura de la responsabilidad institucional y ciudadana, que rompa el círculo de violencia y recupere en consecuencia la importancia del Derecho, en la prevención y el tratamiento de la delincuencia de los adolescentes. Sin embargo, como veremos, existe en algunos operadores políticos y en un importante sector de la sociedad un estado de opinión negativo del Código de la Niñez y la Adolescencia y, en particular, del Libro III "Sistema de justicia penal especializada". La crítica que se formula en contra del Código se fundamenta en que éste equivale a impunidad, precisamente por la ausencia de violencia en contra de los adolescentes.

El tema de la justicia de adolescentes más que un problema social, se ocupa de un problema humano. De ahí que su filosofía, medidas y procedimientos que desarrolla y utiliza están acordes a la naturaleza humana del problema social del adolescente infractor. El sistema que propone el Código de la Niñez y la Adolescencia se caracteriza, por cierto, por propiciar la participación del adolescente, de la familia, de la escuela, de la comunidad, de la víctima, de las instancias judiciales y de la administración pública en materia de los servicios sociales, y por estimular un proceso que permita avanzar tanto en la construcción e individualización de los elementos que hagan más eficaz el deber de protección social como el desarrollo de la teoría de la responsabilidad penal del menor de edad. La responsabilidad, en palabras del italiano Federico Palomba, es un valor irrenunciable de nuestra vida jurídica y social.

La respuesta de este problema tiene que ir dirigida al adolescente y a la sociedad, el adolescente por su conducta y la de las personas adultas por

faltar a sus deberes. Aquí, como dice Palomba, es donde cobra mayor importancia el llamado Derecho de adolescentes. Pues detrás de un menor de edad que comete un delito siempre hay un adulto que ha fallado en sus deberes. El juicio de responsabilidad es por tanto el resultado de la relación conducta del adolescente y deberes de los adultos. Por tal razón, la justicia no puede sólo enfrentar el problema llamado adolescente infractor sólo con instrumentos represivos y judiciales, es necesario mantener un estrecho y continuo enlace con el sistema de protección social. Hay que evitar, por el contrario, que la justicia penal, se vuelva punto de referencia esencial en este tema, para romper el círculo de violencia e impedir que los problemas sociales devengan en problemas penales.<sup>3</sup>

Los medios de comunicación informan, como expresa la profesora española María Teresa Martín López,<sup>4</sup> de una aparente elevación de los delitos cometidos por adolescentes menores de 18 años, resaltan particularmente la violencia de éstos: peleas colectivas, vandalismo y pandillas. La delincuencia de los adolescentes es uno de los problemas sociales más sentidos de nuestras sociedades. El oscilante pendular de la opinión pública entre la indiferencia absoluta y la máxima capacidad de alarma apunta a esta última en nuestros días. Esta alarma, generalmente artificial, los operadores políticos de forma oportunista la traducen en propuesta de reforma de la legislación.

## **1. Proyecto de reforma del Partido Camino Cristiano Nicaragüense**

El 23 de abril de 2002, la diputada Delia Arellano Sandoval y el diputado Orlando Mayorga Sánchez de la Bancada del Partido Camino Cristiano Nicaragüense (CCN) suscriben y presentan ante la secretaría de la Asamblea Nacional el Anteproyecto de Ley de Reforma a la Ley 287, Código de la Niñez y la Adolescencia. En la exposición de motivos, los representantes de la Bancada de CCN expresan que la “iniciativa de Ley tiene como Objetivo Fundamental tratar de resolver el grave problema de la inseguridad ciudadana que vive nuestra población por el aumento del índice delictivo de menores que día a día se incrementa motivados porque consideran que el Código de la Niñez

---

3 Un Sistema judicial para la responsabilidad. La Nueva Justicia Penal Juvenil. La Experiencia de El Salvador. Serie Adolescencia. 1998, p. 34 y ss.

4 Consideraciones sobre la delincuencia de menores. En Justicia con menores infractores y menores víctimas. Coordinadora María Teresa Martín López. Colección ESTUDIOS. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 101.

y la Adolescencia es su escudo de protección para causar daños a la propiedad y a la integridad física de los ciudadanos” y que es “necesario tomar las medidas legislativas correspondientes para frenar esa impunidad y dar más seguridad a la ciudadanía”.

Los proyectistas reconocen que, según el Art.71 de la Constitución Política de Nicaragua “la niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere” y que la Convención sobre los Derechos del Niño “goza de plena vigencia”, según el mismo precepto constitucional. Pero argumentan, con base a la propia Convención, que el Estado de Nicaragua tiene la facultad de adecuarla conforme a sus necesidades y realidades, y que por tanto, “se hace necesaria una reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia, para ajustar mejor esta Legislación penal a nuestra Constitución Política y a los Convenios, Tratados y Convenciones Internacionales y sobre todo a nuestra realidad social”.

La propuesta de reforma consiste en esencia, primero, que los adolescentes entre 13 y 15 años también se les sancione con la mitad (tres años) de privación de libertad que el Libro Tercero establece para los adolescentes entre 15 y 18 años de edad y, segundo, amplía “el número de infracciones o delitos contenidos en el arto. 203 del Código de la Niñez y la Adolescencia, a los que de ser cometidos por los adolescentes se les privaría de libertad tales como asociación para delinquir, amenazas, daños, alteración del orden público, abigeato; tráfico, consumo y cultivo de estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, ya que de acuerdo con estadísticas judiciales oficiales estos delitos tienen una alta frecuencia entre los jóvenes”.

## **2. Proyecto de reforma del Partido Liberal Constitucionalista**

El 17 de mayo de 2002, el diputado Wilfredo Navarro Moreira, del Partido Liberal Constitucionalista, presenta ante el primer Secretario de la Asamblea Nacional la iniciativa de reforma del Código de la Niñez y la Adolescencia. El diputado Navarro, en la misiva que le dirige al Secretario de la Asamblea Nacional, René Herrera, le expresa que el proyecto tiene “como objeto debatir al seno de esta honorable Asamblea Nacional, las repercusiones que ha traído la aplicación del mismo, dado que a cuatro años de su aprobación hay un sentimiento generalizado que éste por algunas de sus disposiciones ha generado un aumento en la delincuencia juvenil, considero que con estas reformas no se afecta la Convención de los Derechos del Niño, dado que se mantienen la Jurisdicción y los procedimientos especiales atendiendo la condición de menores”.

En la exposición de motivos, el proyectista expresa que “cuando se aprobó el Código de la Niñez y la Adolescencia no se realizaron los estudios necesarios para conocer el impacto del mismo y que si el Estado tenía capacidad para poder implementar las medidas preventivas para que no se estimulara la delincuencia Juvenil.” Y que frente a la “preocupación” de “los niveles de violencia juvenil,” “que menores de edad estén cometiendo crímenes cada vez con mayores niveles de brutalidad”, es necesario, dice el diputado Navarro, actualmente Vicepresidente de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, “abrir este debate, dado que las cifras pueden ser brindadas por la policía, y así podremos constatar cómo ha ido en ascenso la delincuencia juvenil, medir el impacto que el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia ha tenido en bajar o subir los hechos delictivos cometidos por menores de edad”. Para fundamentar su preocupación, recurre, a lo que él llama, “historias estremecedoras”: “menores de 15 años violan a niñas de apenas 3 ó 4 años es noticia diaria, o que menores pertenecientes a pandillas asesinan a ciudadanos que regresan de sus trabajos a sus hogares, si bien es cierto que la pobreza, las condiciones de hacinamiento en que viven una gran mayoría del pueblo, son causas que generan este fenómeno, el problema (es real) y es ineludible, requiere de una respuesta, lo peor que podemos hacer es no hacer nada o hacernos de la vista gorda, tanto la familia, como la escuela, las autoridades y la sociedad en su conjunto debemos abordar este tema con la mayor seriedad y responsabilidad”.

Finalmente, expone el legislador Navarro: “Creo que los legisladores hemos sido también afectados de manera directa cuando un casi menor acabó con la vida del Diputado José Cuadra, hoy la sociedad está consternada ante la violenta muerte del 1er. Comisionado Cristian Mungía, no obstante, todos los días la población de nuestro país está expuesta al accionar de la delincuencia juvenil y sin encontrar recursos con que combatirla; por tanto, creo que es hora y se hace necesario debatir los alcances del Código de la Niñez y la Adolescencia no para quitar derechos a los niños y niñas de Nicaragua, sino, para que podamos encontrar qué aspectos del Código han permitido el incremento de la delincuencia juvenil...”.

La propuesta de reforma al Código, similar al del Partido CCN, se dirige a castigar con pena de prisión a los adolescentes entre 13 y 15 años de edad con la pena de privación de libertad que para los adolescentes entre 15 y 18 años de edad. También que el Estado debe “presupuestar la construcción a lo inmediato de un pabellón exclusivo para adolescentes mayores de 13 años y menores de 18 años”. Para el diputado liberal, “estas reformas no afectan la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ratificada por Nicaragua y establecida en la Constitución Política, dado que, el menor ten-

drá siempre una jurisdicción especial, procedimientos y centros especiales, sin que esto constituya una amenaza a la seguridad ciudadana, dado que, cuando los delitos sean con penas mayores a los tres años, los adolescentes mayores de 13 años podrán ser privados de libertad”.

#### IV. Mitos y realidades

Hay que destacar, sin embargo, que los adolescentes menores de 18 años no realizan actos de violencia ni delitos, ni más numerosos, proporcionalmente, ni más graves que los que cometen los adultos. Ni causan proporcionalmente un mayor perjuicio económico. La figura del adolescente infractor tiene algunas particularidades que no están presentes y no tienen el mismo significado que los adultos.<sup>5</sup> Existe la impresión, en la opinión pública nicaragüense, que el nuevo modelo de justicia especializada promueve la impunidad y contribuye al aumento de los delitos cometidos por adolescentes. Esta percepción, es un mito, es injustificada, veamos: en el período de 1997 al 2002 se detuvieron en Nicaragua por la supuesta comisión de delitos 229,034 personas. De esta cantidad 205,046 son adultos, representando el 89.5% y 23,988 adolescentes entre 15 y de 18 años de edad no cumplidos, el 10.5%.

**Adultos y Adolescentes (de 15 a 18 años de edad)  
detenidos por la supuesta comisión de delitos**

Detenidos	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Total Global
Adulto	30,206 (85.06%)	33,830 (89.83%)	32,907 (88.00%)	33,621 (90.69%)	36,940 (91 %)	37,542 (92 %)	205,046 (89.5 %)
Adolescente	5,307 (14.94%)	3,828 (10.17%)	4,486 (12.00%)	3,452 (9.31%)	3,628 (9 %)	3,287 (8 %)	23,988 (10.5%)
Total por año	35,513 (100%)	37,658 (100%)	37,393 (100%)	37,073 (100%)	40,568 (100%)	40,829 (100%)	229,034 (100%)

Fuente: Anuario estadístico de la Policía Nacional

Para Martín López, la sociedad por lo general, con ayuda de los medios de comunicación, crean una imagen estereotipada del adolescente delincuente que funciona a modo de *chivo expiatorio* sobre el que descarga miedos y frustraciones, cegada la sociedad por la incomprensión y el impulso de negar

5 Consideraciones sobre la delincuencia de menores. En Justicia con menores infractores y menores víctimas. Coordinadora María Teresa Martín López. Colección ESTUDIOS. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 101.

la propia responsabilidad en sus hechos. Por su parte, los adolescentes demuestran su estatus social a través de comportamientos visibles de desobediencia, conflicto, agresividad, transgresión, pero que no deja de ser una ficción representativa escénica, meros mensajes rituales. Lamentablemente, y no en pocos casos, este mecanismo para llamar la atención, es decir, exhibirse en público le induce a extralimitarse escapando de cualquier posible control. La violencia del adolescente se ha convertido en un medio de comunicación social y en mecanismo de integración social. En un primer momento, el adolescente obedece la regla familiar o comunitaria, después se aparta, desobedece y transgrede la disciplina debida y, finalmente, ya adulto e integrado socialmente en una madurez responsable el adolescente vuelve a obedecer y asume como suyas las reglas.<sup>6</sup>

En la sociedad actual, como dice María Teresa Martín López, se promete a los jóvenes grandes cosas, sin embargo, la realidad es bien distinta. Las universidades se abren a los adolescentes, pero no todos por razones económicas tienen acceso a ellas y cuando lo logran no siempre el título le será de utilidad; se ofertan cines, literatura, automóviles, ropa de moda, deportes, Internet, viajes, pero el adolescente no dispone de recursos económicos y cada vez tarda más en incorporarse al mundo laboral, cuando llega, y en muchas ocasiones en no muy buena situación laboral o en trabajos muy debajo de su formación y se potencian los valores de independencia y libertad, pero sin vivienda propia han de permanecer en la casa materna y paterna toda la vida. La enseñanza, el empleo y la vivienda son oportunidades vitales para cada adolescente de cara a su inserción social adulta. Cuando estos medios se bloquean, surge un desajuste individual y social en la adolescencia que puede llevar a la infracción de normas y a la violencia como respuesta reactiva; surgen auténticos caldos de cultivo de frustración, agresividad y violencia.<sup>7</sup>

La fuerza represiva del Estado configura un mecanismo de control social sobre los adolescentes acrecentando la posibilidad de delinquir más o con mayor gravedad. Los adolescentes reprimidos pertenecen mayoritariamente a las capas sociales inferiores, aquellas que encuentran más dificultades para la reinserción social por las escasas posibilidades laborales, bajo rendimiento

---

6 Consideraciones sobre la delincuencia de menores. En Justicia con menores infractores y menores víctimas. Coordinadora María Teresa Martín López. Colección ESTUDIOS. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 105.

7 Consideraciones sobre la delincuencia de menores. En Justicia con menores infractores y menores víctimas. Coordinadora María Teresa Martín López. Colección ESTUDIOS. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 106.

escolar, conflictos familiares y emocionales, en definitiva pertenecen al grupo social que más sufre todas las crisis económicas.<sup>8</sup>

Una investigación científica que llevó a cabo el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) sobre los “Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en América Latina” en la década pasada, surgió un resultado contundente que viene a ser un común denominador de todos los países latinoamericanos y europeos sin excepción: “Que la Justicia Penal Juvenil criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres”.<sup>9</sup>

En el caso de Nicaragua, la investigación reveló que la clientela de la justicia penal estaba constituida por niñas, niños y adolescentes pertenecientes a los sectores de menores recursos de la sociedad y que practican conductas propias de estrategia de sobrevivencia. La justicia penal les aplicaba la medida de privación de libertad en casos en que otras medidas serían posibles y apropiadas. Los perfiles psicosociales y sociológicos que la investigación pudo establecer del “transgresor tipo” reflejaban que estas niñas, niños y adolescentes se encontraban en una situación de extrema pobreza, tenían baja o nula instrucción escolar, provenían de hogares desintegrados y, en aquellos casos que la tuvieran, hacía falta la figura paterna responsable.<sup>10</sup>

La investigación arrojó un dato escalofriante: El costo por niña, niño o adolescente privado de libertad era alto: doscientos dólares por mes (USD\$ 200.00), frente al ingreso familiar de los mismos que era muy bajo: cincuenta dólares (USD\$ 50.00). Esta conclusión puso de manifiesto una dura realidad: que el Estado y la Sociedad nicaragüense invertían cinco veces más en el internamiento o encierro de las niñas, niños y adolescentes respecto del ingreso de las familias originarias que apenas les alcanza para comer.<sup>11</sup>

---

8 Consideraciones sobre la delincuencia de menores. En Justicia con menores infractores y menores víctimas. Coordinadora María Teresa Martín López. Colección ESTUDIOS. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 107.

9 Véase en Carranza, Elías y Cuarezma Terán, Sergio. Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: Diagnóstico Jurídico y Sociológico del sistema vigente (Texto para su estudio). Editorial UCA, Managua, 1996.

10 Véase en Carranza, Elías y Cuarezma Terán, Sergio. Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: Diagnóstico Jurídico y Sociológico del sistema vigente (Texto para su estudio). Editorial UCA, Managua, 1996.

11 Véase en Carranza, Elías y Cuarezma Terán, Sergio. Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: Diagnóstico Jurídico y Sociológico del sistema vigente (Texto para su estudio). Editorial UCA, Managua, 1996.



Para el Director del ILANUD, Elías Carranza,<sup>12</sup> las muchachas y muchachos de la calle, de clase pobre o marginal, suelen ser condenados a prisión o “internados” por el hecho de no tener familia. La misma conducta practicada por un niño de otra extracción social, con una familia, es normalmente resuelta de otra manera. A los de sectores vulnerables les exigimos más que a otros y, sin quererlo, “castigamos su pobreza”. Si un adolescente de clase pobre comete un delito, decimos que es un “delincuente”, que merece castigo. Si es un adolescente que pertenece a otro tipo de clase económica, que comete un delito, somos indulgentes, decimos que fue “un episodio accidental”, y procuramos que no se le castigue. Estos personajes, los de clase pobre, son para el citado autor, seres libres, llenos de necesidades insatisfechas, que sufren agresiones; a quien debemos ayudar con su consentimiento, pero sin agregar la agresión del encierro (o más encierro como proponen los legisladores) a las agresiones que ya sufren.

Este problema exige políticas de prevención. Una prevención que dirija la atención hacia la sociedad de los adultos. Recordemos, como estima el criminólogo español Antonio García Pablos de Molina, que el joven imita, no crea y por tanto, los modelos de conducta y de valores de los adultos exige una profunda revisión, en muchos casos claramente criminógenos (violencia, corrupción). Los adolescentes aprenden observando, el adulto debe cuidar y evitar mensajes ambiguos e imprecisos (éxito, triunfo económico, riesgo) susceptibles de una lectura criminógena para el adolescente, por ejemplo, la sociedad que quiera prevenir la criminalidad de adolescentes debe condenar de forma inequívoca la corrupción, el éxito económico rápido, fácil y mediocre, no asociado al esfuerzo personal digno. La sociedad adulta debe aportar nuevos valores a los adolescentes para que participen con el compromiso por el cambio social. La actual cultura de consumo crea artificialmente necesidades. Los adolescentes son las primeras víctimas de esta cultura, antesala de toda suerte de frustraciones. Esa nueva cultura ha de estar servida por una ambiciosa política social, en materia de educación, salud, seguridad social, vivienda, ocio, pues la política social es y sigue siendo el instrumento más eficaz y justo de prevención del delito. Puesto que los adolescentes de los estratos sociales deprimidos delinquen más, ello se debe no de que profesen valores genuinamente criminales (valores de clase), ni a la discriminatoriedad del sistema legal (desde luego real), sino al eterno problema de la

---

12 Criminalidad. ¿Prevención o Promoción?. Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1994, p. 117

desigualdad de oportunidades.<sup>13</sup> No basta pues, sólo con tratar de reconciliar a los delincuentes adolescentes con la comunidad, porque mientras no existan políticas sociales sustantivas, la respuesta será represiva, ... *Yo lo acabo de abrazar* (a un pandillero), *le acabo de decir acógete a esta oportunidad. ¡Ah no!, pero si le tengo que pegar una malmatada diez segundos después, se la doy, y sin ningún remordimiento de la vida*, como manifestara el Comisionado Hamyn Gurdián, Director de Asuntos Juveniles de la Policía Nacional, al diario nicaragüense La Prensa.<sup>14</sup>

Por tal razón, la determinación y aplicación de las medidas del sistema de justicia penal especializada, difieren de las sanciones penales para los adultos. En este sentido, como expresa la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, el juez debe considerar no sólo la comprobación del hecho delictivo, sino además, aspectos personales de la vida del adolescente, la idoneidad de la sanción, los esfuerzos del acusado para reparar los daños causados. Se trata, de adecuar la sanción atendiendo primordialmente a la finalidad educativa de la misma de acuerdo a las condiciones especiales del adolescente, pero por la constatación de que ha sido él mismo el que ha cometido el delito que se acusa. Un análisis hecho a partir del adolescente, y no del adulto al adolescente.

La concepción tutelar limitaba a sus operadores a las pocas alternativas de sanción que el legislador le había suministrado. Se busca que al reducir la intervención de la justicia penal, mediante medidas no privativas de libertad, el interés superior del adolescente sea efectivo. Asimismo, que el adolescente no sea sustraído de la supervisión de su madre y su padre, quienes poseen el derecho y la responsabilidad compartida de la educación. Y, que se realicen los objetivos del sistema de justicia penal especializada que no requieren siempre de la institucionalización para su ejecución.

---

13 Citado por Martín López, María Teresa. Consideraciones sobre la delincuencia de menores. En Justicia con menores infractores y menores víctimas. Coordinadora María Teresa Martín López. Colección ESTUDIOS. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 118.

14 Domingo 1 de febrero del 2004. Edición N° 23,349. [http://www-ni.laprensa.com.ni/archivo/2004/febrero/01/dom\\_entrevista/dom\\_entrevista-20040201-01.html](http://www-ni.laprensa.com.ni/archivo/2004/febrero/01/dom_entrevista/dom_entrevista-20040201-01.html) "Malmatada": Expresión popular que hace referencia a propinar una "golpiza".

## V. Un proceso de marchas y contramarchas

La aprobación en los países de Centroamérica<sup>15</sup> de la Convención y los procesos de reformas con la finalidad de adecuación a ella, han permitido desarrollar una discusión seria sobre los derechos y responsabilidades de la niñez y la adolescencia, abordando, en consecuencia, la perspectiva de éstos como sujetos de derechos y sujetos sociales. No obstante, en el istmo centroamericano, ha nacido una “paradoja” con respecto a la responsabilidad penal, puesta de manifiesto por un estudio realizado por Naciones Unidas para evaluar el Estado de la Región. Este estudio indica que, por un lado, las legislaciones apuntan hacia modelos garantistas, respetuosos de los derechos humanos y tolerantes; por otro lado, los sistemas de administración de justicia muestran todavía rezagos autoritarios y grandes carencias materiales. Esta paradoja entre lo que la ley señala y lo que la realidad muestra, señala el referido estudio regional, se ve agravada por la falta de tradición jurídica en la mayoría de los países, lo que se convierte en un serio obstáculo para la implementación legislativa. Este informe expresa que, aunque la reforma legislativa no es suficiente, sí puede constituir un buen inicio para replantear y reconstruir la realidad social. Para esto, no solamente se requiere, como está claro, de recursos económicos sino, también, de vigorosas políticas públicas sobre la niñez y la adolescencia y, sobre todo, de una voluntad para no reducir los temas de niñez y adolescencia sólo a los relacionados con la infracción de la ley penal.

La hazaña de la implementación de este tipo de legislación, incluyendo por supuesto el Código de la Niñez y la Adolescencia nicaragüense, es de marchas y contramarchas, no pudiendo anticiparse con exactitud, por lo tanto, la llegada a puntos predeterminados, más bien establece un sendero estratégico, cuya viabilidad es perfectamente autoreforzable, a medida que las principales propuestas que contempla sean puestas en prácticas.

Este tipo de legislación no puede o debe ser percibido tan sólo como un texto legal más o menos sistemático de derechos, libertades, garantías y responsabilidades, como una secuencia de transformaciones del orden jurídico interno, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener como premisa y resultado constable, una transformación cultural de gran dimensión. Los problemas del derecho y la justicia en la

---

14 Véase La justicia penal de adolescente en Centroamérica. Cuarezma Terán, Sergio J. Anuario de Justicia de Menores, Director José Martín Ostos, No. 1, Sevilla, 2001, p. 457 y ss.

región centroamericana y, en particular, en Nicaragua no son solamente un problema derivado de la calidad, vigencia o no del ordenamiento jurídico o de las condiciones materiales del Estado, sino también producto de una cultura asumida por la propia sociedad.

Por tanto, la aplicación legal debe de abordarse estratégicamente también desde el punto de vista cultural basado en el comportamiento social. Las violaciones de los derechos de la niñez y adolescencia, por ejemplo, se producen lamentablemente a pesar de la existencia de algunas garantías en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de Derecho no es un valor ni un punto de referencia fundamental. Por tanto, debe implantarse el Estado de Derecho como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de internalización de forma individual (educación y familia).

Para el caso de Nicaragua, el país enfrenta un gran desafío, continuar con la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia y adecuar progresivamente su legislación interna con la Convención y la necesaria transformación cultural, que supone en términos políticos un gran empeño para la creación de un modelo nuevo de ciudadanía, y la creación, de lo que he denominado, un "Nuevo Estatuto de Ciudadanía". ❖

## Anexo 1

### Tabla comparativa de derechos, principios y garantías fundamentales entre la Ley Tutelar de Menores (LTM, 1974) (y su reglamento) y el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA, 1996)

DERECHOS Y GARANTÍAS	LTM	CNA
<b>Garantías penales sustantivas</b>		
Principio de culpabilidad	La LTM consideraba al menor culpable con base a las características personales de éste, sin perjuicio de que haya o no cometido el hecho imputado (arts. 16, 41, 42 y 43 LTM; art. 43, 44 y 45 RLTM).	El CNA presume inocente al adolescente hasta tanto no se le compruebe su culpabilidad o responsabilidad mediante sentencia firme, por los medios establecidos en el mismo u otros medios legales, los hechos que se le atribuyen (arts. 101, inc. c CNA).
Principio de legalidad	La LTM no sólo castigaba a los menores por la comisión de delitos y faltas atribuidas a éstos, sino también, privaba de libertad arbitrariamente a los menores en estado de desviación moral y que demostrara una disposición habitual para el mal, siendo un peligro para los demás (arts. 4, 1, 2, 3; 24, b y 26 LTM). Además facultaba al Director tutelar para imponer cualquier medida que creyere conveniente al menor (arts. 48, inc. 1 al 9 LTM).	El CNA establece que ningún adolescente puede ser sometido a detención, encarcelación o prisión arbitraria o ilegal, ni ser privado de su libertad, salvo por causa fijada por la ley, con arreglo a un procedimiento legal y por la orden de autoridad competente; ni a ser limitado en el ejercicio de sus derechos, libertades y garantías más allá de los fines, alcances y contenidos de cada una de las medidas que se le deban de imponer, de conformidad a la justicia penal especial del adolescente. Además garantiza que ningún adolescente puede ser sometido a proceso ni condenado por acto u omisión que al tiempo de producirse, no esté previamente tipificado en la ley penal de manera expresa e inequívoca como delito o falta, ni sometido a medidas o sanciones que aquella no haya establecido previamente (art. 103 CNA). También establece que en ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela.
Principio de humanidad	La LTM no garantizaba el respeto a la dignidad del menor.	El CNA establece que los adolescentes deben ser tratados con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano que incluye el derecho a que se proteja su integridad personal.

DERECHOS Y GARANTÍAS	LTM	CNA
<b>Garantías Procesales</b>		
Principio de jurisdiccionalidad	La LTM expresaba que el Director tutelar de menores (autoridad de carácter administrativo) tenía competencia para conocer de las infracciones penales atribuida a menores; de la situación en estado de abandono, peligro o desviación moral y facultado a adoptar e imponer las medidas convenientes; todo ello con una amplia discrecionalidad (arts. 23, 1 al 3 LTM).	El CNA garantiza al adolescente un proceso justo, oral, reservado, sin demora, ante el juzgado penal de distrito del adolescente y al recibir de éste información clara y precisa sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como el contenido y las razones, incluso ético sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa, so pena de nulidad de lo actuado (arts. 101, inc. d y e CNA).
Principio del contradictorio	La LTM no definía los distintos roles procesales, el Director tutelar de menores se caracterizaba por ser inquisitivo, actuando en el doble carácter de órgano de acusación y de decisión.	El CNA establece con claridad los roles de los sujetos procesales y del órgano jurisdiccional: el órgano acusador es la Procuraduría General de Justicia (art. 123 y 155, inc. a CNA); la víctima u ofendido es considerada parte en el proceso, pudiendo comparecer por sí misma o representada por un abogado (art. 121); el adolescente está representado por su defensor (art. 118 CNA) y el órgano de decisión el Juzgado penal de Distrito de Adolescente (art. 112 CNA).
Principio de inviolabilidad de la defensa	La LTM no garantizaba al menor el derecho a su defensa. Ninguna disposición de esta ley especifica si el menor deberá tener defensor. Y si llegaba a estar representado prohibía al menor comunicarse libre y privadamente con su abogado, mucho menos ser aconsejado por el mismo (art. 65 LTM; arts. 58, 59 RLTM).	El CNA garantiza al adolescente a ser informado del motivo de detención y de la autoridad responsable de la misma; al derecho a permanecer en silencio y a solicitar la presencia inmediata de su madre, padre o tutor y su defensor, so pena de nulidad de todo lo actuado por la autoridad, funcionario o empleado que lo realizare no produciendo efecto alguno en juicio o fuera de él (art. 101, inc. b). Todo adolescente —expresa el CNA— a quien se atribuye la comisión o participación en un delito o falta, tendrá derecho desde su detención e investigación a ser representado y oído en el ejercicio de su defensa, a contar con las garantías del debido proceso..., so pena de nulidad (art. 118 CNA)

DERECHOS Y GARANTÍAS	LTM	CNA
Principio de la presunción de inocencia	La LTM no garantizaba al menor el derecho de la presunción de inocencia (art. 41 LTM).	El CNA garantiza el respeto al adolescente a que se le presume inocente hasta tanto no se le compruebe su responsabilidad mediante sentencia firme (art. 101 inc. c CNA).
Principio de impugnación	La LTM no garantizaba al menor la posibilidad de recurrir ante un órgano superior e imparcial (art. 62 RLTM).	El CNA establece que el adolescente podrá recurrir de las resoluciones del Juzgado penal de Distrito del Adolescente mediante los recursos de apelación, casación y revisión, ante el Tribunal de Apelación y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente (art. 185 al 192 CNA).
Principio de publicidad del proceso	La LTM protegía la imagen del menor de la publicidad por cualquier medio de difusión (art. 47 y 62 LTM). Sin embargo, el menor o su representado no tenían acceso a las actuaciones del Director tutelar de menores; esta ley consideraba de secreto y reservado únicamente al Director el expediente y fichas de archivo del menor (art. 44 LTM).	El CNA prohíbe publicar y divulgar cualquier dato de la investigación o del proceso que directa o indirectamente posibilite la identidad del adolescente (art. 106 CNA). Y garantiza con el proceso oral el acceso a las actuaciones practicadas por las demás partes (art. 101 inc. d, 118, 128, 165, 172, 173 y 174 CNA).
Principio de legalidad del procedimiento	La LTM no determinaba de forma taxativa el tipo de procedimiento aplicable para la formación del expediente contra el menor.	El CNA establece de forma clara y precisa el procedimiento y el rol de los sujetos procesales en el mismo. La etapa de investigación (arts. 153, 161); conciliación (arts. 145 ss.); audiencia oral (arts. 169 ss) entre otros.





Documentos Penales y Criminológicos (DPC) tiene la finalidad de crear un espacio de reflexión y diálogo científico, y aportar un pequeño grano de arena para la difusión de las ideas y pensamientos sobre los estudios penales y la criminología entre estudiosos de la denominada Aldea Global. DPC se suma a otros esfuerzos invaluable en la promoción del conocimiento. DPC está abierto a los especialistas que se ocupan de estos temas e invita a colaborar de distintas formas sobre la actualidad científica penal y criminológica. En esta edición ha sido fundamental la colaboración del Instituto Centroamericano de Estudios Penales de la Universidad Politécnica de Nicaragua (ICEP de la UPOLI).

Este segundo volumen de DPC contiene trabajos sobre temas de actualidad en Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho penal juvenil, Criminología, Derecho penal internacional a cargo de destacados autores del Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Alemania; Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina; Universidad de Costa Rica; Universidad de Pablo de Olavide de Sevilla, Jaume I de Castellón, Valladolid y de Burgos, España; Center for International and Comparative Law of Saint Louis University, United States of America; Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México; Centro de Estudios Internacionales, Universidad Americana y Universidad Politécnica de Nicaragua; Universidad de Panamá; Universidad Católica de Perú y el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD).

ISBN 99924-57-29-5



9 789992 457290



**Editorial Hispamer**  
Colección *Textos Jurídicos*