

Oscar Julián Guerrero (Colombia) *

El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental

Es un lugar común afirmar que el proceso penal anglosajón ha ido ganando terreno frente al proceso penal de origen continental; por lo menos en lo que corresponde a la cultura jurídica de Occidente de los últimos sesenta años, la tendencia parece estar marcada por una orientación a los modelos procesales de Estados Unidos y Gran Bretaña. No obstante, se advierte que existen diferencias de país a país,¹ en cuanto a los puntos de vista y a las valoraciones realizadas sobre la recepción de dichos modelos. Mientras que en los países de América Latina la preocupación por incorporar los componentes procesales del sistema anglosajón es relativamente reciente y además está fundada generalmente en motivos políticos,² en algunos países europeos se cuenta con una larga tradición de discusión doctrinal que de alguna manera ha vislumbrado los problemas a los que se enfrenta esta influencia,³ tanto desde el punto de vista práctico como del teórico.⁴ Sería

* Sociólogo y abogado. Asesor jurídico en asuntos penales del Despacho del Procurador General de la Nación. Ha realizado estudios de procedimiento penal comparado en la Universidad de Bielefeld. Becario de la Sociedad Científica Alemana Max Planck. Ha trabajado como investigador invitado en el instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo. Investigador invitado en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Gotinga. Autor de varias publicaciones en procedimiento penal y derecho penal internacional. <ojguerrerop@hotmail.com>.

¹ Entre los trabajos de derecho comparado sobre este particular puede verse Edmundo Hendler (comp.): *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. En esta obra se especifica en la parte introductoria la dificultad de los análisis y los enfoques cuando se trata de buscar la tradicional diferencia entre los modelos del *common law* y la familia romanista civilista.

² Véase a este respecto Maier, Ambos y Woischnik: *Las reformas procesales penales en América latina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, con la elaboración del informe colombiano por el autor.

³ Igualmente en países como Italia, los expertos reconocen que también ha existido cierta predisposición a observar en el proceso anglosajón una suerte de significado emotivo frente a lo acusatorio. Véase Ennio Amodio: *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milán: Giuffrè, 2003, pp. 195.

⁴ Para una aproximación sobre los modelos europeos en cuanto a temas como el papel de la policía en el proceso penal, la justicia negociada o la relación entre justicia penal y medios de comunicación, véase Mirelle Delmas-Marty: *Procedure Penali d'Europa*, Padua: Cedam, 1998, ed. italiana de Mario Chiavario.

tarea del derecho comparado la observación de cómo ha asumido cada país el problema y las soluciones que ha planteado. En esta breve exposición nos referiremos especialmente a los casos de Alemania⁵ e Italia, teniendo en cuenta el grado de discusión teórica alcanzado en estos dos países.

Por otra parte, nos parece que la antigua opción por la dicotomía acusatorio-inquisitivo que ha impregnado toda esta discusión merece un replanteamiento básico, pues no se puede omitir aquí que la investigación histórica reciente ha profundizado en propuestas muy serias que de alguna manera cambian la visión tradicional sobre un tema que, en nuestro concepto, resulta mal abordado para diferenciar los estructuras de justicia penal de tradición anglosajona y de tradición continental.⁶ En efecto, de la manera en que se plantea en nuestro medio, la recurrida contraposición entre lo acusatorio y lo inquisitivo conduce a errores de apreciación considerables, pues este criterio únicamente aporta rasgos incompletos sobre las formas de investigación y juzgamiento de tradiciones diversas, pero de modo alguno permite conclusiones claras sobre la estructura y la impronta filosófica en que se ha formado cada tradición. Una respuesta concreta a esta deficiencia puede apreciarse en la reciente obra del profesor de la Universidad de Yale John Langbein, quien⁷ plantea la hipótesis de un tránsito entre un proceso penal diseñado exclusivamente para legos en el siglo XV (*lawyer-free criminal trial*) y un proceso penal profesionalizado y capturado por juristas en el siglo XVIII. Al menos en lo que corresponde a la emergencia del modelo acusatorio o adversativo, las categorías básicas que lo informan —como son el silencio del acusado, la asistencia letrada, la necesidad de acusación, el juicio ante jurados y las reglas de exclusión probatoria—, de acuerdo con la convincente tesis de Langbein, se han conformado en sus acepciones modernas a propósito de semejante transformación entre el modelo lego y el modelo profesional del proceso penal anglosajón.⁸

Recapitulando la problemática que trae Langbein, se diría que el moderno proceso penal de corte acusatorio proviene del quiebre de una tradición en que la asistencia

⁵ En cuanto a Alemania, los trabajos de la última década se orientan más a la búsqueda de diferencias específicas entre los diversos modelos, como por ejemplo, Walter Perron (comp.): *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, Friburgo: Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 1995.

⁶ Un enfoque afortunado sobre el tema, con una excelente apreciación de las fuentes, en Máximo Langer: “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona”, en Julio Maier y Alberto Bovino (comps.): *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 97-136.

⁷ John H. Langbein: *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford Studies in Modern Legal History, Nueva York, 2003. También pueden consultarse, de este mismo autor, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Oxford, 1974.

⁸ Obsérvese que este modelo de transición ha sido igualmente sugerido por la sociología alemana. Max Weber reconoce en su obra las diferencias y aproximaciones a tal tipo de derecho a propósito del modelo práctico del derecho británico con su compleja relación entre juristas (*barristers, solicitors, bench*) y los abogados de formación universitaria en el derecho continental. Max Weber: *Economía y Sociedad*, Bogotá: TIFCE, 1977, pp. 588-603.

legal es escasa y en que el acusado asume su propia defensa frente a un jurado y contra un acusador bajo la supervisión del juez. Las fuentes utilizadas por Langbein⁹ muestran que el proceso penal británico de mediados del siglo XVIII se guiaba por la máxima “el inocente que es acusado será capaz de defenderse a sí mismo como el mejor de los abogados”, mientras que “cuando alguien distinto habla por el culpable a menudo ayuda a descubrir la verdad que él mismo ocultaría”. De estas características difícilmente puede derivarse un modelo de proceso inquisitivo, como aquel al que nos ha acostumbrado la literatura. Cuando los factores técnicos de racionalización jurídica se impusieron en el contexto de demostración de la culpabilidad ante los mismos legos, el proceso fue capturado por juristas profesionales, quienes asumen los papeles de *solicitors* (procurador preparador de la causa legal), *barristers* (abogados litigantes) y *prosecutor* (abogado fiscal).¹⁰ En la medida en que fue ganando terreno el derecho de representación tanto para el acusado como para la acusación,¹¹ por razones que se relacionan con el creciente grado de urbanización y el desarrollo industrial de la sociedad inglesa, fue tomando cuerpo un modelo en el que eran más importantes los abogados que el inculcado, hasta que en 1770 adquirió su verdadera concreción el derecho a la defensa.

Si tomamos las instituciones arquetípicas del modelo procesal penal anglosajón, la tesis de Langbein se demuestra con facilidad. En primer lugar, el juego importante que adquieren los juristas profesionales hace que el silencio del acusado adquiera un valor significativo para los resultados del proceso. En este sentido las fuentes históricas permiten apreciar que la moderna conformación del derecho de defensa se constituye por la interacción de tres elementos en los que la conveniencia de hablar o callar es el eje: la denominada *carga de producción probatoria* (*production burdens on prosecution case*) en cabeza del acusador; el criterio de persuasión probatoria exigido al acusador (*beyond reasonable doubt*) y la posible intervención del acusado con asesoramiento, lo que se conoce en los documentos históricos con la famosa frase “se lo dejo a mi defensa” (*I leave it to my counsel*). Si se tiene en cuenta que la mayor parte de las obligaciones procesales en el ritual del juicio oral se trasladan al acusador, la consecuencia obvia es que éste adapte sus consideraciones ante un jurado de legos

⁹ El mérito de la obra consultada también reside en el gran acopio de documentos de los siglos XV a XIX, especialmente los *Old Baikey Sessions Papers*, especie de síntesis informativas elaboradas para efectos periodísticos por personas que participaban del juicio.

¹⁰ La estructura y las funciones de los abogados ingleses son esencialmente distintas a las de talante continental; para una información somera véase *La administración de justicia en el Reino Unido*, Londres: Foreign & Commonwealth Office, Documentos para el servicio de información exterior, 1987. Para una información detallada véase R. J. Walker: *The English Legal System*, Londres: Butterworths, 1985.

¹¹ Se debe anotar que históricamente la estructura de una verdadera fiscalía no ha existido en el modelo británico, sino la delegación de la corona a ciertas personas para el ejercicio de la acción penal.

en dos sentidos: convicción y suficiencia. Así, mientras que en el modelo lego de proceso penal se presentaba el problema de que el acusado sin representación no podía ejercer su defensa sin un mínimo de admisión de su culpabilidad en el momento de dar explicaciones, en el caso del modelo profesional la defensa espera las explicaciones de quien tiene la carga de demostración y habla según sus conveniencias.

En cualquier caso debe quedar claro que esta tríada de elementos corresponde al desarrollo de las estrategias para adelantar el juicio oral con juristas profesionales, las cuales no deben confundirse con el privilegio contra la autoincriminación,¹² pues esta institución es conocida desde el derecho romano. Más bien, lo que ocurre en el siglo XVIII al conformarse el moderno proceso penal es una transformación de otras instituciones legales conocidas desde el siglo XII, ampliamente desarrolladas por el derecho canónico, que no resultaban compatibles con los postulados de la reforma protestante, y en este caso especial con la reforma anglicana. Efectivamente, lo que rechazó la cultura puritana por su condición religiosa disidente fue el uso de juramentar al acusado en nombre de Dios para que éste directamente respondiera las preguntas hechas por el juez, con consecuencias graves para él mismo, y cuya negativa a contestar implicaba de por sí una valoración probatoria en su contra. La institución se conoció como *ex officio oath procedure* y su desaparición, de acuerdo con las investigaciones históricas, también está relacionada con el futuro papel del juez en el juicio oral con posterioridad al siglo XVIII.¹³ Pero si se quiere una formulación más acertada del problema, es claro que en un modelo de proceso penal para legos no cabe predicar un principio como el del privilegio contra la autoincriminación, pues definitivamente allí es el inculcado el que habla por sí mismo sin un asesoramiento profesional, de donde resulta consecuente que los procedimientos de investigación juramentados propios del derecho canónico hayan tenido un significado distinto en el *common law*. Lo que sí resulta demostrado por las fuentes es que la necesidad de proteger a los testigos que participaban del juicio contra una eventual autoacusación en el interrogatorio cruzado fue un factor determinante para el reconocimiento del privilegio acordado posteriormente al acusado.

Continuando con el análisis de la historia jurídica del siglo XVIII británico que sirve para observar los rasgos del procedimiento acusatorio, se concluye que una segunda variable imprescindible para el contexto de sus orígenes ha sido la introducción en el proceso penal de abogados especialistas para asesorar el procedimiento de investigación y la manera de presentarlo ante la Corte. Al lado de la práctica de recompensas por la información o captura de inculcados, el sistema de testigos de la corona o testimonios acordados por ventajas procesales instituyó paulatinamente el

¹² Véase a este respecto John Langbein: "The historical origins of the privilege against Self-incrimination at common law", en *Michigan Law Review*, vol. 92, n.º 131, 1994, pp. 1047-1076.

¹³ En el sentido de limitar al extremo sus posibilidades de producción probatoria en sede oral.

uso de juristas que asesoraban la formulación de la acusación con los elementos probatorios recogidos por la policía. En la medida en que no existía una fiscalía o ministerio fiscal como lo conocemos hoy y el plano de la acusación se asumía como un problema semiprivado, los llamados *solicitors* fueron asumiendo la investigación propiamente dicha, así como la preparación de los testigos de cargo, además de asesorar los términos de la acusación. Los acusadores actuaban de acuerdo con los consejos del *solicitor*, quien a su vez se diferencia del *barrister* (abogado litigante), el cual lleva definitivamente la voz ante el jurado. La compleja relación entre los juristas, su división del trabajo en el juicio oral y la categoría a la que pertenecían ha traído como consecuencia que el proceso se asuma sobre la base de los intereses puestos en juego y dispuestos para el juicio, con la evidente diferencia frente al proceso de tradición continental y la inexistencia de una categoría como el deber de aclaración material en el proceso penal.¹⁴

Pero la historia también da datos interesantes sobre la excesiva profesionalización del proceso penal en el siglo XVIII, lo que explica parcialmente las razones que permitieron que frente a la entrada de asesores para la investigación y la acusación, con evidentes desventajas para el acusado, se redefinieran los términos del derecho de defensa, mejor conocido como *defense counsel*. En este contexto se conformó el modelo de interrogatorio y contrainterrogatorio (*cross examination*) tan característico del proceso angloamericano. En realidad, el modelo de interrogatorio cruzado no era usual para la defensa debido a que la carga de la prueba radicaba en cabeza del acusador, quien debía confirmar sus apreciaciones persuasiva y suficientemente. Justamente en este punto las fuentes históricas muestran igualmente que el modelo de contrainterrogatorio por parte de la defensa se impuso a propósito de la labor profesional del *solicitor*, a quien le era permitida la búsqueda de testimonios de cargo con recompensas procesales, lo que dejaba al inculcado en clara desventaja. De ahí que la defensa se orientara a mostrar al jurado un posible falso testimonio para condenar un inocente y esa demostración se hacía a través del interrogatorio cruzado. La forma de interrogar se convirtió en un verdadero espectáculo que ha permitido documentar vidas de célebres acusadores como William Garrow, e incluso fue valorada a finales del siglo XVIII como el mejor método para evitar los excesos a los que habían llegado las acusaciones poco fundadas por la misma época. Éste parece ser el origen del mito adversatorio en el proceso penal angloamericano, esto es, una serie de correcciones que se imponen por la captura que hacen los juristas profesionales del proceso penal,

¹⁴ Langbein recuerda que los participantes del proceso penal en Inglaterra son los únicos responsables de la “verdad” que resulte del proceso. Debido a las razones ya anotadas, el juez se convirtió en un dependiente de las argumentaciones de los abogados y los testigos y en muchos casos del *solicitor*, quien no tiene capacidad para ser oído ante el jurado. En el famoso juicio de un noble, el acusador anotaba: “mis instrucciones están dadas como hechos y donde los testigos hacen una anotación para probarla no soy responsable de la verdad que formen ellos”.

a lo cual se añade un constante juego de equilibrios que parten desde la carencia absoluta de una defensa que hoy llamaríamos técnica, hasta la necesidad imprescindible de un abogado asesor. Langbein ilustra este aspecto con las siguientes palabras:

Los jueces de 1730 admitieron el asesoramiento del defensor con el objeto de fortalecer las salvaguardias contra el riesgo de un error en la apreciación de culpabilidad del acusado. La admisión del asesoramiento del defensor se realizó pero limitándolo a la labor de contrainterrogatorio, así los jueces pensaban en confinar tal asesoramiento al trabajo de un ayudante abnegado quien simplemente complementaría la continuación de los esfuerzos del acusado para conducir su propia defensa. En este sentido los jueces esperaban vivir para siempre en un proceso penal libre de juristas profesionales, pero aquello fue un error de cálculo, y no solamente la causa de que el asesoramiento evadiera algunos de los límites que durante largos años les fuera impuesto. El asesoramiento del defensor trabajó en un cambio estructural del proceso penal, pues este dividió los dos papeles de protección y de exposición testimonial que anteriormente estaban concentrados en manos del acusado. De esta forma, el trabajo de la defensa insistiendo en su papel protector al exigir insistentemente las obligaciones del acusador sobre la calidad y suficiencia de prueba y hablando en nombre del acusado silenció paulatinamente a este último. Cerrada la antigua etapa en la que el acusado habla, cambia dramáticamente la teoría del proceso. El propósito del proceso en el cual el acusado habla había sido disponer de una oportunidad para que este replicara en persona a los cargos y la evidencia dispuesta contra él. El proceso acusatorio coloca en su lugar una nueva concepción del juicio, orientada por los juristas. El proceso penal se convierte en una oportunidad para que la defensa ponga a prueba la consistencia de la acusación.¹⁵

La propia historia jurídica del Viejo Continente en lo que se refiere al proceso penal ha mostrado las aristas problemáticas de este nuevo modelo, cuyo centro de gravitación es la averiguación de la verdad material. En efecto, la circunstancia de que el proceso de talante continental hubiese optado por métodos tan aberrantes como la tortura para la averiguación de la verdad a través de un proceso carente de garantías es lo que lleva continuamente a generar comparaciones con el modelo anglosajón, que por cierto no son del todo acertadas, pues, como lo han demostrado las fuentes históricas, el proceso británico tampoco estuvo exento de aplicación de similares figuras. Más bien, los progresos del proceso penal británico se asimilaron en buena parte de la Europa del siglo XIX, que optó por la idea de que la verdad material corresponde en últimas a dos visiones distintas: la que forman los juristas a través de sus procedimientos técnicos y la que impregna al jurado en sus conciencias y su apreciación lega.

Esta breve exposición sobre los orígenes del proceso penal acusatorio debe complementarse con lo acaecido en el siglo XIX, que permite apreciar una vasta secuencia de reformas en el proceso penal, producto de los cambios políticos y la creación de Estados democráticos, en los que el modelo británico se presenta como el rectificador de viejas prácticas judiciales que dan paso a instituciones como el juicio oral y público

¹⁵ Langbein: o. cit., pp. 310-311.

con jurados mixtos (profesionales y legos). En este contexto surgieron los llamados *modelos híbridos*, que conforman sus estructuras con vistas a la averiguación de la verdad material. Este proceso de carácter híbrido marcó la pauta hasta mediados del siglo XX, y a partir de allí se ha experimentado un retorno a las estructuras originales del proceso penal anglosajón por muchos factores, entre otros, la impronta norteamericana que ha acompañado algunos acontecimientos históricos, como veremos a continuación.

Alemania se muestra como el arquetipo en la discusión relativa a la recepción de los modelos procesales extranjeros. El caso germano resulta importante desde dos aristas. En primer lugar, la experiencia del proceso de Núremberg y la aplicación directa de la justicia de los países vencedores en las zonas de ocupación norteamericana y británica representan un punto de partida ejemplar para la reflexión sobre el encuentro de los dos sistemas; en segundo lugar, la extensa literatura jurídica que produce este país puede dar noticia del papel que han desempeñado las categorías del derecho procesal penal anglosajón trasladadas a su semejante continental.

En cuanto a lo primero, se destaca que una vez terminada la Segunda Guerra Mundial se renovó la discusión por una reforma del proceso penal alemán y particularmente de la fase oral, según los modelos del derecho angloamericano. Sobre todo quienes habían trabajado como defensores ante los tribunales militares reconocían en el proceso extranjero (no obstante las fuertes críticas a la experiencia de Núremberg) una forma simplificada y directa de adelantar las causas penales. Aunque la época no resultaba propicia para una reforma total del procedimiento penal, lo cierto es que una larga lista de trabajos académicos en derecho comparado¹⁶ permite apreciar que las preocupaciones teóricas se cifraron en el punto de la práctica probatoria en los dos sistemas.¹⁷ Por otra parte, los críticos no dejaron de observar que tanto el proceso de Núremberg como aquellos que se adelantaron ante los tribunales militares británicos y norteamericanos planteaban muchas dudas, que desde el punto de vista de los juristas alemanes resultaban justificadas, pero en igual medida podían estar sesgadas por la poca comprensión del derecho extranjero o por el resentimiento. Así, por ejemplo, se criticaba la poca participación del acusado en el proceso, limitado al papel de una simple parte, o la pasividad del juez en lo que correspondía a la aclaración del asunto materia del debate.¹⁸ Lógicamente estas críticas se respondían desde el lado contrario

¹⁶ Entre otros, Wimmer: *Einführung in das Englische Strafverfahrens*, Bonn, 1947; Newmann: *Das Englisch-Amerikanische Beweisrecht*, Heidelberg, 1949; Ernest Cohn: *Das reich des Anwalt*, Heidelberg, 1949.

¹⁷ Un ejemplo es el trabajo del profesor de Bonn Helmut von Weber, aparecido en 1950, *Der gang der Beweisaufnahme im englischen Strafprozess*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1950, p. 504, quien critica la posible transposición del modelo probatorio del proceso penal británico al alemán en contra de Hartung y Düppers.

¹⁸ Buena parte de esta discusión se puede apreciar en Schmidt-Leichner: "Deutscher und anglo-amerikanischer Strafprozess. Ein Diskussions-beitrag", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1951, p. 7.

recalcando el papel activo de la defensa, esto es, el de preocuparse más por el respeto del derecho que por la demostración de la inocencia del acusado, mientras que la crítica frente al juez se respondía argumentando que éste efectivamente tenía la posibilidad de interrogar a los testigos y al acusado cuando fuera necesario para el esclarecimiento de los hechos. Cosa distinta era que en aras de la imparcialidad se diera cierta práctica en la forma de presidir la audiencia que inhibía al juez de su papel activo dentro de la fase oral del proceso penal.

Las críticas más elaboradas surgieron a mediados de los años cincuenta y muestran sin lugar a dudas que el interés de los juristas alemanes estaba orientado a la estructura del proceso y al papel que desempeñaban los sujetos dentro de él. Así, la referencia obligatoria de la crítica fue el concepto de *proceso de partes*, que se empezó a utilizar para identificar la construcción del proceso angloamericano y las consecuencias que se desprendían de aquella estructura para los resultados de éste. En tal sentido, Sachs¹⁹ argumentaba de nuevo que el proceso angloamericano no tenía como objetivo la investigación de la verdad material, y Rusccheweyh,²⁰ diez años más tarde, manifestaba: “La averiguación de la verdad está claramente amenazada en un proceso de partes”. Herrmann, por su parte, reconstruyendo esta historia cita la doctrina mayoritaria, pero en especial los argumentos de Von Weber, quien afirmaba:

[...] la tarea del proceso angloamericano es, como varias veces se ha recalcado, solamente la averiguación de una verdad formal. El juez, que no tiene conocimiento de las actas procesales, está ligado a la presentación probatoria de las partes, él toma solamente para su conocimiento “lo que las partes presentan como prueba” —según su arbitrio— y no tiene como tarea suplementaria intervenir en la práctica probatoria a efecto de la completa aclaración de las circunstancias.²¹

Pero esa constatación no se agotaba en la estructura, sino que proyectaba sus consecuencias al radio de acción de las mismas partes dentro del proceso. En efecto, la preocupación más cercana se centraba en las posibilidades de defensa del acusado frente al poder penal del Estado representado en un fiscal acusador. Uno de los más grandes penalistas del siglo pasado, como lo fue Eberhard Schmidt, calificaba la posición del acusador del proceso angloamericano como un “cuadro repugnante”: “él no está como el fiscal alemán [...] obligado a la objetividad, a la verdad sin consideración por el éxito o el fracaso de su acusación”.²² Menos críticas, y según el parecer de

¹⁹ Citado por Joachim Herrmann: *Die reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, Bonn: Ludwig Rührscheid, 1971, p. 115.

²⁰ Herrmann: o. cit., p. 115.

²¹ Herrmann: o. cit., pp. 115-117.

²² Las críticas de Schmidt se encuentran en varios trabajos; esta apreciación corresponde a un artículo publicado en la revista *Monatschrift für Deutsches Recht* bajo el título “Zur Frage nach der Notwendigkeit von Veränderungen der hauptverhandlungsstruktur”, de 1967, en el cual Schmidt critica las propuestas de Grützner a propósito del llamado caso *Lindbergh*.

Herrmann más objetivas, fueron las apreciaciones con respecto al juez. Así, el famoso Radbruch, en su obra *El espíritu del derecho inglés*, reconocía al juez como un árbitro que media en la lucha con las palabras, y Claud Allen lo comparaba con un árbitro deportivo.

El debate histórico puede ilustrar lo que desarrolló la doctrina con posterioridad, que básicamente se puede resumir en el rechazo del concepto de *parte* y la consecuente reafirmación del concepto de *participante procesal*. Mientras que, en lo que se refiere a la estructura, se rechaza la noción de *proceso contradictorio puro* para hablar de *procedimiento acusatorio con principio de investigación*. La diferenciación no es una mera cuestión de términos, pues de alguna manera es el punto de quiebre que ha encontrado la doctrina procesal germana para establecer sus diferencias frente al proceso penal de tipo angloamericano. El concepto de parte es rechazado en sus vertientes sustancial y material, tal como lo proponía Carnelutti, por no resultar adecuadas para definir el concepto de un órgano que instrumentalmente está dispuesto en el proceso para la imparcialidad y para la averiguación de la verdad material. De allí se concluye que el proceso penal continental necesariamente tiene su dinámica en la función establecida para el órgano jurisdiccional y la fiscalía, y no en la tensión permanente que representan los extremos de la relación acusación-defensa. Lógicamente, frente a esta consideración se argumenta que es más correcto hablar de sujeto procesal o de *participante procesal* (*prozessbeteiligte*), en la medida en que al sujeto le están acordadas de antemano las posibilidades de incidir activamente en los resultados del proceso a través de los derechos que le son propios; por lo tanto, si existe una pretensión de objetividad en la averiguación de los hechos por parte de la fiscalía y el órgano jurisdiccional se descarta la actividad procesal marcada por los intereses de parte. A ello se suma que la doctrina germana destaca igualmente el concepto de posición de los sujetos procesales.²³

Esta discusión, recientemente documentada en la obra del español Pedraz Penalva,²⁴ retoma los desarrollos teóricos esbozados en Alemania, añadiendo de su propia cosecha seis argumentos que resultan valiosos para rebatir los intentos de asimilación del proceso penal angloamericano a aquellos que se han estructurado de manera mixta. En este sentido, los procesos de naturaleza mixta no pueden caracterizarse como procesos de parte, por lo siguiente: a) la imposibilidad de transigir sobre el objeto del proceso penal, teniendo en cuenta la superposición de planos diferentes (mientras que en el sistema acusatorio existe igualdad de planos, en el otro es notoria la condi-

²³ Como lo ha anotado Gómez Colomer, la doctrina no ha sido pacífica a este respecto, pues la vieja guardia formada por Beling, Binding y Dohna rechazó el concepto de *participante*. Juan Luis Gómez-Colomer: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona: Bosch, 1985, pp. 68-70.

²⁴ Ernesto Pedraz Penalva: *Derecho procesal penal*, t. I: "Principios del derecho procesal penal", Madrid: Colex, 2000, pp. 82-95.

ción prevaleciente del juez o el fiscal); b) el núcleo de los intereses de la fiscalía está en la aplicación no discriminatoria de la ley y la realización de los derechos y libertades fundamentales, mientras que para el acusado éstos se cifran en lograr la absolución; c) la obligación para la fiscalía de hacer valer lo favorable y desfavorable al imputado coloca a este órgano incluso en la labor de defensor; d) la inexistencia de un contrainterrogatorio entre fiscalía y acusado, en el cual se proyecten los intereses de cada uno; e) le corresponde a la fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia con pruebas de cargo, mientras que el procesado puede guardar silencio o incluso mentir sin consecuencias en el resultado procesal; y por último (retomando el simbolismo de Schmidt), el acusado está en el banquillo y el fiscal en los estrados.

En muchos casos esta polémica resulta para algunos infructuosa, pero de alguna manera los conceptos de *interviniente procesal* y *parte* se convierten en piedra de toque para la caracterización del proceso penal de determinado país. En este sentido, Roxin²⁵ asume que el proceso penal alemán guarda inevitablemente rasgos del proceso inquisitivo, como aquellos relativos a la producción de las pruebas en sede oral por parte del juez y la imposibilidad de que las partes dispongan de la materia procesal, mientras que los rasgos tomados del proceso acusatorio corresponden a la distribución de las labores en la administración de justicia penal (fiscalía y juez) y la condicionalidad del ejercicio de la acción penal a instancias de los resultados de la investigación.

Igualmente problemática ha resultado la formulación relativa a la averiguación de la verdad material, que se entrelaza con la noción de posición jurídica de los intervinientes procesales, particularmente en lo que respecta a la posición de la fiscalía, pues ésta, a diferencia de lo que ocurre en un sistema acusatorio, presenta tres características definitivamente distintas. En primer lugar, su ubicación constitucional en los modelos mixtos no es un problema totalmente resuelto;²⁶ por el contrario, una cosa es que la Constitución Política, o la ley, si es el caso, formalmente la asignen al ejecutivo o al órgano jurisdiccional, pero si su labor está fundamentalmente orientada a la administración de justicia (lo que de por sí pone en aprietos la noción de división de poderes) la hace extraña a las tareas que de suyo son administrativas. Esa razón ha hecho decir a Roxin, por ejemplo, que la fiscalía se ubica como “un órgano independiente de la administración de justicia” que está entre el poder ejecutivo y el jurisdiccional.²⁷ En segundo lugar, si recalamos que ella no es *parte*, es justamente porque sus funciones no están proyectadas unilateralmente a la reunión de pruebas de cargo que fundamenten el éxito de una acusación. Al igual que en la nueva (y antigua) configuración

²⁵ Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 122-123.

²⁶ Karl-Heinz Gössel: “Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un Estado de derecho”, en *Doctrina Penal* n.º 13, Buenos Aires: Depalma, 1981, pp. 622-659.

²⁷ Claus Roxin: “Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute”, en *Deutsche Richterzeitung*, marzo 1997, pp. 109-131.

constitucional colombiana, la Fiscalía alemana está obligada a la indagación de las circunstancias que sirven de descargo para el procesado e incluso, en aras del principio de averiguación de la verdad material, tiene la facultad de impetrar recursos a favor del inculcado, llegando hasta la casación o revisión cuando se trate de conseguir la absolución de un condenado. En suma, el peso del principio de averiguación de verdad material le impone un papel que va en la dirección de que la administración de justicia tome una decisión acertada y conforme a derecho. Esta conformación no está exenta de críticas, si se tiene en cuenta que se le da al principio de verdad material una extensión inusitada que afecta la propia labor de la fiscalía en su acepción de órgano de persecución penal. En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurre en el sistema angloamericano, la fiscalía de los sistemas continentales está sujeta al principio de legalidad, lo que igualmente entraña varios problemas, entre otros, la obligatoriedad de la acusación ante la existencia de conductas punibles (¿se debe investigar y acusar en todos los casos o se puede aminorar esa exigencia con el llamado *principio de oportunidad reglada*?), la sujeción del fiscal a las líneas definidas de la jurisprudencia de los tribunales (¿qué hacer cuando la jurisprudencia ha considerado que determinados hechos no son constitutivos de delitos y el fiscal tiene una convicción distinta en la interpretación de la ley penal?: ¿se debe dejar la decisión al juez o se debe acusar?), y por último la facultad de impartir instrucciones en una organización verticalmente jerarquizada (¿qué hacer cuando un fiscal superior tiene una apreciación distinta sobre la punibilidad de un comportamiento y la ley le da la potestad de ordenar sobre un fiscal inferior que no lo considera así?).

Todos estos problemas distan todavía de tener soluciones satisfactorias, pero en resumidas cuentas corresponden a la exigencia del principio de averiguación de la verdad material que tiene el proceso continental, frente a la dinámica propia del proceso penal angloamericano, que sigue siendo flexible frente a estos problemas. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han intentado atemperar la condición exigente de este principio, añadiendo que para algunos el problema de la verdad material es un supuesto ideológico y hasta utópico. Podemos decir que se trata de un enfrentamiento entre los objetivos que se le asignan al proceso penal a título de principio insoslayable y los supuestos ontológicos de la verdad misma. En esta dirección, Pedraz Penalva señala que la misma interpretación constitucional y legal ha definido límites a la consideración absoluta del principio, los cuales se pueden encontrar en los derechos fundamentales del procesado que tienen incidencia en el proceso penal; por ejemplo, la prohibición de autoincriminación, el derecho a guardar silencio e incluso mentir. Igualmente, los límites trazados por la jurisprudencia sobre las posibilidades de la fiscalía en la investigación de los hechos hacen menos exigente el principio, por ejemplo, en las prohibiciones probatorias o las derivaciones probatorias que se levantan sobre prueba ilícitamente obtenida o la aplicación del principio *in dubio pro reo*.²⁸

²⁸ Pedraz Penalva: o. cit., pp. 82-95.

Estas cortas ilustraciones pueden dar un esbozo apurado de la dificultad a que se enfrentan los sistemas continentales en el intento de incorporar los modelos propios del derecho consuetudinario. Pero es importante anotar que en un caso como el germano la influencia se ha sentido más allá de la pura discusión doctrinal y de los esfuerzos de reforma. Frente a estos últimos, la literatura germana no ha ahorrado críticas frente a las virtudes que se le reconocen al proceso penal anglosajón. Así, por ejemplo, Grünhut en 1963 somete al escrutinio del proceso penal alemán la experiencia del proceso penal británico en tres áreas que siempre se ponderaron como virtuosas en la literatura de los años sesenta: la abreviación de la etapa de investigación, la separación entre los planteamientos probatorios y la decisión de fondo, y una bifurcación entre el establecimiento de la culpabilidad del acusado y la imposición de una pena.

En cuanto a la corta duración del proceso de investigación penal, Grünhut se esfuerza en encontrar las diferencias entre *non indictable offences* e *indictable offences* para establecer la forma en que la policía inglesa hace prevalecer los casos de su trabajo y la forma en que éstos se procesan en el aparato de justicia. Efectivamente, Grünhut encuentra que los tiempos del proceso penal inglés son relativamente más cortos que los del proceso continental, además de recurrir en menor medida a la detención preventiva, pero la crítica que expone predica que realmente existen muchos casos en los cuales no hay una verdadera investigación, sino una indagación muy corta, con poco material de cargo, que somete al inculpado a las exigencias del fiscal.

La segunda consideración recapitula las críticas de la posguerra al papel del juez en el proceso penal. Mientras que en el proceso penal alemán el juez tiene tres funciones diferenciadas (dirige la vista oral, decide sobre la culpabilidad y participa de la imposición de la pena), en el modelo inglés el papel es excesivamente pasivo, pues la aportación probatoria es cuestión de las partes. En este punto Grünhut recuerda que, desde la famosa conferencia anual de juristas alemanes celebrada en Salzburgo en 1928, se desaconsejaba a los profesores alemanes de derecho penal seguir en este punto el modelo británico. En suma, el texto de Grünhut descalifica con argumentos sólidos los mitos sobre los cuales se ha edificado la fama de la justicia penal inglesa.²⁹

En el área de la jurisprudencia penal, Roxin,³⁰ en 1990, realizó un balance de cuarenta años con motivo del aniversario del Tribunal Supremo Alemán en asuntos penales, en el cual dedicó parte de su exposición a la forma en que la jurisprudencia alemana ha asumido los principios rectores del derecho procesal penal angloamericano. El autor encuentra varios postulados provenientes de esta tradición con los que ha debatido el Tribunal; son ellos: el *fair trial*, la *fruit of the poisonous tree doctrine* y

²⁹ Max Grünhut: *Die Bedeutung englischer Verfahrensreformen für eine deutsche Strafprozeßreform*, Libro homenaje a H. Von Weber, Bonn, 1963, pp. 343-367.

³⁰ Claus Roxin: "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zum Strafverfahrensrecht-Ein Rückblick auf 40 Jahre", en Jauernig y Roxin: *40 Jahre Bundesgerichtshof*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1990, pp. 66-99.

el principio probatorio de *hearsay is no evidence*. El interés por estos conceptos no es gratuito, pues de alguna manera se localiza en las bondades del sistema angloamericano que resultan bastante atractivas para los juristas del sistema mixto continental, en la medida en que se presentan, por una parte, emparentados con el concepto de *debido proceso* y, por otra, por las ventajas que se desprenden del llamativo sistema de exclusión probatoria. Con respecto al *fair trial*, la jurisprudencia ha reconducido la discusión a buscar sus parientes más cercanos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con incidencia en las garantías procesales que para el caso del viejo continente se encuentran en el artículo 6.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. A pesar de ser un vocablo intraducible en el idioma alemán, el balance jurisprudencial del *fair trial* puede mostrar tres campos de aplicación bien definidos: la conformación de un ámbito de confianza para el procesado, según el cual se le deben comunicar las desventajas de la utilización de una conducta de procedimiento; el deber de asistencia al procesado, señalándole sus derechos y evitando situaciones que, debido a las circunstancias, lo dejarían en un plano de indefensión; y la prohibición de obtener ventajas procesales para la administración de justicia a costa de violaciones intencionales a las garantías fundamentales del procesado.

En cuanto al *hearsay is no evidence*, la jurisprudencia no ha hecho un rechazo tajante de los testimonios de fuente secundaria o testimonios de referencia, pero ha limitado el valor probatorio de los testigos sin experiencia directa sobre los hechos, considerándolos un indicio muy débil que debe ser confirmado por otras pruebas más sugerentes con capacidad para fundamentar una decisión. Igualmente en el campo probatorio la doctrina del *fruit of the poisonous tree* ha resultado de la mayor aceptación, debido a que corresponde a una extensión de las prohibiciones de prueba que acentúan aquella máxima establecida en la antigua jurisprudencia, según la cual, “no es un principio básico del ordenamiento procesal que la verdad tenga que ser investigada a cualquier precio”. En este sentido, lo notorio de la jurisprudencia ha sido la búsqueda constante de correctivos a los medios de investigación criminal que, si bien no se califican de arbitrarios en su ejercicio práctico, sí lo pueden ser en sus consecuencias.

Estos efectos del derecho procesal penal angloamericano en la jurisprudencia germana, que podríamos considerar bastante adecuados desde el punto de vista del Estado de derecho, tienen su contrapartida en las severas críticas que sufren algunas figuras del modelo angloamericano cuando se lo somete al escrutinio de los principios fundamentales del derecho procesal de tradición continental. Así, por ejemplo, la doctrina alemana ha llamado la atención sobre las formas de justicia negociada que operan en el derecho procesal penal angloamericano, y especialmente en los casos que implican la disposición de la acción penal por parte de los órganos de persecución criminal. Es el caso de los acuerdos informales dentro del proceso penal alemán (*Ab-sprache*), cuyo análisis en el ámbito académico germano ha producido en los últimos

diez años una copiosa bibliografía.³¹ No sobra recordar que la mirada hacia el proceso penal angloamericano, en este particular, proviene de las ventajas que permiten la celeridad y la descongestión de la administración de la justicia penal por la vía de la solución consensuada, a lo cual se enfrenta el sistema continental con un cuadro de crisis crónica, cuyos síntomas evidentes son la acumulación de causas, los procesos engorrosos, dilatados en el tiempo y exigentes en cuanto a recursos económicos y materiales para llegar a una solución acertada.

Ahora bien, la mayor parte de los trabajos de derecho comparado sobre la justicia negociada en Alemania buscan el pariente más próximo de los acuerdos informales en el *plea bargaining*,³² instituto que le permite al acusado la obtención de un tratamiento punitivo menos severo por parte del órgano jurisdiccional a cambio de su declaración de culpabilidad. En el caso de los acuerdos informales del proceso penal alemán no existe propiamente un entendimiento formal entre el fiscal y el defensor que adquiere su legalidad ante el juez, sino que se da un acuerdo basado en la confianza, en el que una confesión es valorada por el tribunal como medio de prueba general para su culpabilidad. En suma, se trata de una práctica judicial subrepticia que prodiga ventajas para la administración de justicia y, si se quiere, para el procesado, pero a costa de los postulados más caros del proceso penal continental. Cabe precisar, en todo caso, que frente a esta última consideración subsiste un campo de incompreensión teórica, si se tiene en cuenta que tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña buena parte de la crítica se dirige en el mismo sentido, esto es, que la justicia negociada representa una afrenta que afecta los valores fundamentales del sistema acusatorio³³ establecidos para proteger al acusado, principalmente la presunción de inocencia, aspecto éste que ha sido vehementemente demostrado por los estudios de sociología del derecho. Pero además, son los propios cultores del derecho angloamericano los que han colocado esta institución en el marco de una tradición inquisitiva, que incluso llega a familiarizarse con la tortura; y si se quieren más pruebas de lo complejo del asunto, agreguemos que esta institución ha sido aceptada a regañadientes por los tribunales norteamericanos en consideración a los principios constitucionales que fundamentan el proceso penal.

³¹ Por ejemplo, Thomas Weigend: *Absprachen in ausländisches Strafverfahren*, Friburgo: MPI, 1990. En lengua castellana se pueden consultar Silvia Barona Vilar: *La conformidad en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, y Nicolás Rodríguez García: *La justicia penal negociada*, Universidad de Salamanca, 1997.

³² Un balance de la discusión hacia los años setenta en Karl F. Schumann: *Der Handel mit Gerechtigkait*, Fráncfort: Suhrkamp, 1977.

³³ John H. Langbein: "Tortura y Plea bargaining", en Maier y Bovino (comps.): *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 3-30. Para la revisión de los estudios de sociología véase Óscar Julián Guerrero P.: *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998.

Dentro de los críticos más severos de los acuerdos informales en el proceso penal alemán se encuentra Bernd Schünemann,³⁴ quien en 1990 disertó ante el Poder Judicial español criticando la introducción de los patrones de justicia negociada en el proceso penal continental y calificando como una verdadera lucha el mantenimiento de los postulados del Estado de derecho. La crítica puede resumirse en la desnaturalización de las estructuras procesales en la medida en que la legislación carece de medios que puedan evitar el abuso del poder judicial y la reconducción de la problemática a la desfiguración del concepto de *participante procesal* y su consecuente posición jurídica en la estructura del proceso. En efecto, si la ley ha definido claramente los derechos del procesado y la defensa, así como las conductas que cada uno debe asumir para demostrar su inocencia o inhibir las facultades demostrativas de responsabilidad penal por parte de los órganos de persecución penal, no es posible admitir una transacción anticipada sobre la culpabilidad del imputado a cambio de la ventaja de un tratamiento menos riguroso.³⁵ Lo problemático es y seguirá siendo la lesión al núcleo material de las garantías, en especial el derecho a no declarar contra sí mismo y a un proceso debido, constitucionalmente hablando. La desnaturalización de la estructura del proceso, al decir de Schünemann, va más allá de estas lesiones, pues la obtención de una confesión por la vía del acuerdo sustituye la obligación de esclarecimiento judicial de los hechos y por lo tanto equivale a reemplazar la práctica completa de la prueba en sede oral por la aceptación del resultado de la instrucción por el acusado. Si se observa bien, en el fondo se plantea nuevamente la discusión sobre las exigencias del principio de verdad material en el proceso penal y los derechos del participante en el proceso penal. Schünemann culmina su intervención con una invitación a resistir los embates del proceso penal angloamericano impidiendo que se desmonte el proceso penal europeo fundado en los principios liberales del Estado de derecho, en aras de una práctica judicial que sólo observa las ventajas de un sistema sin reparar en las consecuencias políticas de tal incorporación.

Un debate no menos pacífico que el anterior, emparentado con él por lo que corresponde a las consecuencias procesales, es el de la incorporación de instituciones que otorgan ventajas en los resultados del proceso por la colaboración que puedan prestar ciertos sujetos al esclarecimiento de la investigación penal o a la consecución de pruebas a efecto de perfeccionar la instrucción penal y así poder soportar la acusación en sede oral. En el marco de la lucha contra la criminalidad organizada se han potenciado varias formas de investigación, cuya dudosa constitucionalidad se presta a

³⁴ Bernd Schünemann: *Reflexionen über die Zukunft des deutschen straverfahrens*, Libro homenaje a G. Pfeiffer, Heymanns, 1988, p. 641. *¿Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*, Cuadernos Generales del Poder Judicial n.º 8, Madrid, 1991.

³⁵ La jurisprudencia alemana últimamente ha aceptado a regañadientes la existencia de acuerdos en el proceso penal. Un buen balance de críticas y apoyos a la institución en T. Rönna: *Die absprache im Strafprozess*, Baden Baden: Nomos, 1990.

controversias y que igualmente tienen sus parientes próximos en el derecho procesal penal anglosajón. Éste es el caso del llamado *testigo de la corona*,³⁶ expresión tomada literalmente del idioma inglés y traducida al alemán como *Kronzeugen*, que, de acuerdo con las investigaciones en derecho comparado, no es ajena a un instituto histórico inglés del siglo XIV conocido como *aprovement*, consistente en que un acusado podía obtener el sobreseimiento de la corona confesando su propio hecho e inculpando a los partícipes en él, siempre y cuando aquéllos resultaran efectivamente condenados. Las ventajas para quien ostenta la calidad de testigo y a la vez acusado van desde la inmunidad total en el procedimiento hasta la búsqueda de un resultado procesal menos gravoso al estilo *plea bargaining*, en la cual se acuerda de antemano la exclusión de pruebas de cargo por parte de la fiscalía, o simplemente se acuerda una reducción de los cargos en la acusación para una sentencia irrisoria.

En la legislación alemana la figura del *testigo de la corona* se potenció a principios de los años ochenta en las legislaciones especiales de comercio ilícito de estupefacientes y más tarde en las leyes contra el terrorismo. Las críticas de la doctrina en contra de estos institutos se localizan en la vulneración del principio de igualdad ante la ley penal, pues sin duda el tratamiento privilegiado de un acusado que actúa como testigo de un hecho punible en el que él mismo es partícipe difícilmente pasa un examen frente a la igualdad, al menos en sentido formal. El principio de legalidad también resulta menoscabado, y por último el derecho del imputado a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo.

Ahora bien, si observamos una experiencia que puede resultarnos más familiar, podemos examinar lo acaecido con la importación de sistemas procesales en el caso italiano. El procedimiento penal de este país tampoco ha hecho su ingreso a los modelos de tradición angloamericana sin críticas, pero, a diferencia de Alemania, allí la discusión no se detuvo en las posibilidades de los planteamientos de reforma, sino en la implantación directa de un modelo mixto con tendencia acusatoria, a propósito de la expedición del Código de Procedimiento Penal de 1988.³⁷ Podemos decir que la discusión académica sobre los componentes acusatorios incardinados en el sistema procesal penal italiano se mantiene, e incluso, con un acercamiento menos prevenido, la

³⁶ Sobre su funcionamiento actual en Alemania y en otras legislaciones, véase Stefanie Mehrens: "Die deutsche Kronzeugenregelung für organisiert begangene Straftaten gemäß Art 5 KronzG", en Militello, Arnold y Paoli (comps.): *Organisierte Kriminalität als Transnationale phänomen*, Friburgo: Iuscrim, MPI, 2000, pp. 271-321.

³⁷ No obstante esta apreciación, existen múltiples trabajos sobre el tema, entre otros los de Severino Santiapichi: "Modelli Stranieri e tradizione nella scelta accusatoria", en Alfredo Gaito (comp.): *I Giudizi semplificati*, Padua, Cedam, 1989, pp. 1-6; Ennio Amodio y Cherif Bassiouni (comps.): *Il processo penale negli Stati Uniti d' America*, Milán: Giuffrè, 1988; Francesco Cossiga: "Il nuovo processo penale italiano: analogie e differenza con il processo penale nor-americano", en *L'Indice Penale*, 1989, pp. 553-561.

reciente exégesis vincula la estructura del modelo procesal acusatorio con los instrumentos internacionales de derechos humanos a efectos de observar la capacidad de aquél para preservar las garantías.³⁸

La discusión por la incorporación del proceso penal angloamericano en ese país sigue en general las líneas que ya hemos descrito para el caso alemán, esto es, la visión sobre el concepto de parte y la fidelidad a principios fundamentales del proceso continental como la averiguación de la verdad material y la legalidad, pero es interesante encontrar en las discusiones preocupaciones como las de Neppi Modona,³⁹ quien retomando los trabajos de un experto en el asunto como Mirjan Damaška,⁴⁰ recordaba que uno de los problemas centrales en la recepción del modelo angloamericano era la estructura burocrática de la administración de justicia en los países de derecho continental. En efecto, la distribución horizontal de la arquitectura del aparato judicial de tradición anglosajona y el origen de los funcionarios, en muchos casos elegidos popularmente, es perfectamente compatible con instituciones como la oralidad en los procesos e igualmente con los jurados (*Jury Trial*), lo que en últimas lleva a concluir que se trata de una administración de justicia en la que las decisiones se toman por los pares del ciudadano acusado (fiscal de elección popular y jurados de conciencia). La decisión por excelencia que se considera más justa es, por esas razones, la de primera instancia, y en la misma medida la disposición de recursos judiciales y controles es mínima.

En los sistemas penales de justicia continental la situación ocurre a la inversa, pues la distribución de la arquitectura administrativa informada por los principios de jerarquía es perfectamente compatible con la tradición documental del proceso, con la imposición de controles verticales y horizontales a la actividad de la investigación y la gran cantidad de recursos judiciales. La decisión que por excelencia se quiere es la proveniente del vértice de la estructura (la casación). Las conclusiones a las que llega Neppi son bastante claras: la estructura jerárquica del poder judicial continental desfigura las virtudes del proceso angloamericano por la manera como se practican las pruebas y por los exigentes controles a lo largo de todo el procedimiento: control del fiscal sobre la actividad de policía judicial; control del juez sobre la actividad final de la investigación; control del juez de conocimiento sobre la acusación; control de segunda instancia sobre la decisión del juez de conocimiento, y finalmente control de un tribu-

³⁸ Por ejemplo, Mario Chiavario: *Appunti sul processo penale*, Turín: Giappichelli, 2000, pp. 12-17.

³⁹ Guido Neppi Modona: "Processo Accusatorio e tradizione giuridica continentali", en Mario Chiavario: *Il nuovo Codice di Procedura Penale visto dall'estero. Atti del seminario di Torino*, Milán: Giuffrè, 1991, pp. 263-273. También se pueden consultar de este autor "Guidice Penale americano", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. II, 1988, pp. 460-473.

⁴⁰ Mirjan R. Damaška: *I volti della giustizia e del potere*, 1991. De este autor resulta ampliamente recomendable para los mismos efectos *The faces of justice and State Authority*, New Haven: Yale University Press, 1986.

nal supremo en sede de casación. Los mismos controles obligan a que la actividad judicial permanezca documentada para el ejercicio de las impugnaciones y el trabajo de los funcionarios superiores. La desfiguración se predicaría porque en el proceso continental la incorporación de los elementos de celeridad y oralidad no resulta adecuada para una estructura burocrática jerarquizada, así que la pretensión de descongestión tiene un efecto contrario.

La segunda crítica de Neppi a la legislación procesal penal de su tiempo deriva del papel que deben desempeñar los nuevos actores del proceso penal, considerando las etapas establecidas en la estructura procesal. Frente a la indagación preliminar es natural que en los modelos nuevos se presente un papel fortalecido de la fiscalía, pero en la etapa de juzgamiento hay un juego nuevo en aquello que corresponde al poder de las partes en cuanto a la titularidad de la prueba y a su formación. La tradición de los poderes de gestión probatoria propios del juez de instrucción, que controla la actividad de los sujetos procesales en la solicitud de pruebas y al mismo tiempo practica las que considera pertinentes, se ve socavada por la actividad que se les otorga a las partes en el nuevo sistema. En este punto hay que aclarar que, a diferencia del debate que se da en Alemania, los italianos sí consideran que puede hablarse de *partes*,⁴¹ siempre y cuando se excluya de esta clasificación al juez, al ofendido e incluso al defensor, y se predique tal denominación para la fiscalía y para el imputado, en tanto son dueños formalmente de la pretensión con respecto al derecho de decisión jurisdiccional. Pero a Neppi le interesaba recalcar que en un sistema basado en la búsqueda de la verdad material lo natural era que la titularidad en la práctica probatoria se radicara en el juez, y al delegarles tal facultad a las partes en sede de juzgamiento lo que se podía prever a corto plazo era la potenciación de los intereses de parte, bien en la obtención de la condena para la fiscalía o ya en la absolución para la defensa, con la consecuente inducción a la búsqueda de soluciones consensuadas y simplificadas que permitieran renunciar a la fase del debate probatorio en un contexto de dificultad probatoria.

Ennio Amodio⁴² calificó el modelo de procedimiento penal de finales de los ochenta como *un acusatorio a la europea*, y en otras contribuciones se refería al sistema como *un alma acusatoria en el interior de un cuerpo y un organismo continental*. De acuerdo con este profesor, una de las ventajas que prodigaba la nueva legislación era la reivindicación del derecho de prueba. Si bien la importación representaba muchos problemas por lo que se refería al cambio de papeles del juez instructor, la

⁴¹ Franco Cordero: *Procedimiento penal*, t. I, Bogotá: Temis, pp. 16-90. Chiavario (o. cit.) recuerda a este respecto, comentando la última reforma al Código de Procedimiento Penal italiano, que se habla de *partes* en el sentido que el ordenamiento les atribuye a los sujetos que pueden tener interés en los resultados del proceso.

⁴² Amodio Ennio: "Un accusatorio all'europea per la riforma della procedura penale continentale", en *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, o. cit., pp. 225-231.

defensa y el acusado, no lo era en aquello que se refería al renacimiento del derecho probatorio, teniendo en cuenta que una de las críticas más asiduas al sistema inquisitivo era el escaso desarrollo del derecho de pruebas, es decir, a las reglas de exclusión, lo que para el futuro significaba que se prestara menos atención al procedimiento, a la formalidad con la que se desenvuelve el proceso, y más a los mecanismos de convicción del juez.

No obstante esta reivindicación, las conclusiones de la síntesis de comparación del proceso penal italiano frente al angloamericano que trae Amodio se pueden resumir de la siguiente forma:

- a. En cuanto a las estructuras, se retorna a la discusión del proceso de partes, en la medida en que la fiscalía y el imputado adquieren la titularidad de la iniciativa de instrucción, según la cual la regla es la solicitud de prueba a instancia de parte y la excepción, la práctica de oficio.
- b. en cuanto a la disponibilidad de la pretensión punitiva, Amodio establece que el legislador italiano le ha reconocido a la fiscalía un poder de disponer de la acusación análogo al del *prosecutor* norteamericano, que puede ejecutar renunciando a la promoción de la acción penal o revocándola, pero con la diferencia de que la confesión del acusado no exonera a la fiscalía de probar su fundamento, tal y como ocurre en el régimen del *plea guilty*, debido a que el imputado no goza del derecho de disponer del interés sustancial en la represión del delito de acuerdo con el principio de legalidad. Justamente en este punto se encuentran, según el autor, el vínculo y la distancia entre el procedimiento continental y el régimen del derecho consuetudinario, esto es, un proceso de partes informado por el principio dispositivo en el terreno de la prueba, que niega al acusador y al imputado el poder de disponer del objeto de la controversia de acuerdo con el principio de legalidad sustancial y procesal proveniente del sistema continental. En todo caso, la consecuencia que se desprende de esta mixtura es evidente y se puede apreciar en las instituciones que diseña el sistema continental para solucionar la problemática que plantea el hecho de tener que seguir todo el ritualismo procedimental para llegar a una decisión, en los casos de suficiencia o insuficiencia probatoria, es decir, la introducción de procesos abreviados, terminaciones anticipadas y en general los sistemas de negociación. Para Amodio se trata de figuras igualmente extrañas al sistema continental, mediante las cuales el ordenamiento procesal *especula* sobre la iniciativa de las partes para conseguir los objetivos de celeridad y descongestión del trabajo judicial.
- c. En cuanto a las facultades de investigación por parte de la fiscalía, las diferencias con el sistema angloamericano afloran, y en este sentido la diferencia más evidente se encuentra en el hecho de que la investigación propiamente dicha está confiada a la policía y al fiscal, sin controles efectivos por parte del

juez; en el caso continental el fiscal, y en este caso el italiano, tiene una soberanía limitada y se reconoce la importancia de la fase de instrucción por las delicadas decisiones que pueden tomarse allí, tales como autorización de procedimientos coercitivos, práctica de prueba anticipada, prórroga de los términos establecidos en la ley, clausura de la fase con archivo del proceso o envío de las actas para acusación, etcétera. En este punto se enfatiza que la jurisdicción funge como freno de la acción de la fiscalía para hacer respetar los derechos y garantías del imputado.

- d. En cuanto a la fase de juzgamiento, Amodio no encuentra mayores diferencias; recuerda que el juez cuenta con muy poca información sobre la causa, y de ahí la necesidad de la exposición introductiva que da inicio al juicio; la ejecución de la prueba mediante el examen directo de los testimonios, los peritos y de las partes con una técnica que atribuye a la fiscalía y al defensor la facultad de interrogar. El juez cuenta con poderes mínimos, como el de plantear temas nuevos y preguntar a los sujetos ya examinados, que le aseguran un papel activo en virtud de la búsqueda de la verdad material.

Quedaría incompleta esta exposición si no hiciéramos referencia a los llamados *procedimientos especiales o abreviados*, y en particular a la aplicación de pena a solicitud de parte, la cual consiste en la posibilidad de que se le aplique al procesado una pena sustitutiva, pena pecuniaria o pena que no supere los dos años de prisión por la vía del consenso. Los autores italianos también recurren a la exégesis de esta institución comparándola con el *plea bargaining* americano, con algunas reservas por parte de muchos, sobre todo por el procedimiento para su realización, puesto que el acuerdo se somete al juez, quien tiene la facultad de aceptar o rechazar la solicitud ejerciendo un control relativo a la calificación jurídica del hecho, la valoración de las circunstancias y la voluntariedad de sometimiento del imputado. La doctrina ha sido particularmente severa con esta importación, a tenor de lo que han expuesto los expertos que en su opinión mayoritaria reconocen que se trata de una transacción entre partes en torno a la persecución penal de un hecho acaecido, informado por una especie de mixtura entre *plea bargaining* y *plea guilty*, que en cualquier caso tiene cierta originalidad por la forma en que fue concebida por el legislador italiano. Pero tratándose de las dificultades de este instituto se puede anotar que es la propia Corte Constitucional italiana la que ha dilucidado los problemas de aplicación frente a los principios del proceso penal tradicional. Así, en julio de 1990 se produjo una decisión de constitucionalidad sobre el *patteggiamento*, según la cual el juez tiene la obligación de valorar la congruencia de la sanción señalada por las partes, rechazando los eventos hipotéticos que resulten desventajosos para el sometido y disponiendo que el procedimiento continúe por sus cauces ordinarios. De esta manera lo interesante de la decisión se puede valorar en el hecho de restituirle al juez su capacidad de control y la adecuación del tratamiento negociado a los fines que la Constitución les atribuye al derecho y al proceso penal.

Livio Pepino⁴³ ha realizado recientemente una radiografía de lo que ha acontecido desde la expedición del Código de 1988. De acuerdo con su percepción, la introducción del modelo acusatorio ha sufrido una compleja desnaturalización, producto de tres factores de orden cultural y otros de orden político. Entre los primeros se anota cómo el carácter abstracto del proceso, la carencia de una literatura y una experimentación previa determinaron que muchos operadores judiciales recurrieran a la interpretación de figuras nuevas con herramientas antiguas. En segundo lugar, las modificaciones constitucionales no fueron suficientes para cimentar la filosofía del Código; por el contrario, al lado de las resistencias culturales propias de cualquier cambio, las continuas declaratorias de ilegitimidad constitucional en Italia dieron como resultado otro código en la teoría y en la práctica. Por último, el autor señala que la particular situación de criminalidad en algunas regiones con fenómenos como las mafias obligaron a cambios estructurales en la evolución normal de los procesos, que concluyeron en reformas legales contradictorias, específicamente en el campo más delicado de la filosofía acusatoria, esto es, en la producción e introducción de las pruebas en sede oral.⁴⁴

Después de una breve descripción del proceso penal italiano, Pepino habla de las dos apuestas perdidas del Código, esto es, la imposibilidad de gestionar el proceso por razones cuantitativas y la insatisfacción de todos los operadores con el régimen probatorio. En efecto, los procesalistas italianos coinciden en afirmar que el efecto de la nuevo código se cifró en potenciar las salidas alternativas al modelo procesal de investigación y juicio oral, pero lo que evidencia la experiencia a este respecto es un costoso error de cálculo, que se expresa así en las palabras de este autor:

[...] la posibilidad de hacer gestionable el sistema pasaba por la adopción masiva de los ritos alternativos (según el modelo estadounidense, en el que más del 90% de los procesos se decide por pactos y al margen del juicio oral). Esto no ha sucedido en Italia (salvo, en parte, en algunos ámbitos territoriales) por una serie de razones: 1) por la desconfianza de jueces y abogados, que han preferido —a veces por razones opuestas— no abandonar el rito ordinario; 2) porque la presencia ineludible de la doble instancia y del recurso de casación aproxima en todo caso los tiempos de la prescripción y es un potente incentivo para dilatar el trámite, en la esperanza de conseguir ese objetivo; 3) porque en un sistema en el que las penas legales oscilan entre mínimos y máximos muy distantes, la misma disminución de la pena en un tercio, prevista para el juicio abreviado,⁴⁵ es una suerte de *lotería*

⁴³ Livio Pepino: “Breve aproximación al sistema procesal penal italiano”, intervención del 4 de junio de 2002 en el coloquio del Consejo General del Poder Judicial, publicada en *Jueces para la Democracia*, n.º 42, 2003, pp. 97-102 (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez).

⁴⁴ Según el autor, hubo procesos de una duración corta que soportaron cuatro regímenes distintos de prueba.

⁴⁵ Se trata de un procedimiento especial en el que el imputado, con el consentimiento de la Fiscalía (antes de 1999), solicita que el proceso se resuelva en la audiencia preliminar abortando la vista principal. El juez autoriza el juicio abreviado y lo desarrolla según las reglas de la audiencia preliminar, reduciendo la condena en un tercio. Artículos 438-443 del Código de Procedimiento Penal italiano.

(pudiendo muy bien suceder que la pena infligida en el rito ordinario pueda resultar inferior a la aplicada en el rito abreviado con la reducción de un tercio) porque la reducción del *patteggiamento*⁴⁶ a las penas no superiores a dos años limita de manera significativa el recurso a este instrumento. Así, sean cuales fueren las razones, lo cierto es que la incidencia de los ritos alternativos ha sido muy modesta (según los datos atendibles, por debajo del 30%).

A ello se deben las crecientes dificultades para gestionar el sistema y la consiguiente intervención del legislador, que con la ley 479 de 1999, del 16 de diciembre, ha transformado profundamente el juicio abreviado haciéndolo activable automáticamente a solicitud del imputado sin el consenso del fiscal (privándolo así de su carácter negocial) y previendo una amplia posibilidad de integración probatoria [...] Lo buscado ha sido, claramente, convertir el juicio abreviado en el rito ordinario. Es pronto para opinar sobre el resultado, pero hay algo evidente, y es que se trataba de una opción necesaria y seguramente inevitable. Es posible que funcione, pero lo cierto es que el modelo *prevalentemente* acusatorio de 1988 ha dejado el puesto al modelo inquisitivo más clásico (con posibles integraciones *acusatorias*).⁴⁷

La segunda apuesta del Código de Procedimiento Penal italiano a la cual se refiere Pepino, y que según sus expresiones también es una apuesta perdida, hace relación al delicado campo de la conformación de la prueba. En este punto, la experiencia italiana ha sido particularmente traumática. En primer lugar, es notoria la existencia de un error de cálculo en lo que se refiere a los tiempos procesales, pues la intrincada labor de producción de prueba requiere de investigaciones más exhaustivas, mucho más cuidadas y por ende más largas que aquellas del proceso inquisitivo. En efecto, aquí no se necesitan mayores ejemplos para observar las razones por las que la fiscalía debe ser más profesional: el simple hecho de preparar y seleccionar un testigo para la vista principal es un trabajo enorme; además de eso, la imponderable consecución de los testimonios para que estén presentes a un mismo tiempo y en un mismo lugar es una tarea titánica, sin contar con los costes que ello le acarrea a la administración de justicia penal.

En segundo lugar, la imposibilidad de contar en muchos casos con pruebas técnicas le implicó al proceso penal italiano una serie de reformas que incluyeron, entre otros aspectos, la necesidad de otorgarles valor a las declaraciones realizadas en el proceso de investigación e incluso reformar las indicaciones sobre las llamadas *pruebas preconstituidas*. La extensión de los tiempos para la producción probatoria, aunada a una serie de factores culturales, ha producido un régimen probatorio en el que igualmente pesa más la fase de investigación que el carácter contradictorio en su formación. La crítica no se dirige propiamente contra el régimen de formación probatoria, sino contra la carencia de medidas sancionatorias para la tutela del régimen

⁴⁶ Igualmente es un procedimiento especial en el que la Fiscalía y el imputado acuerdan una pena rebajada. Artículos 444-448 del Código de Procedimiento Penal italiano. También se lo conoce como *aplicación de pena a instancia de las partes*.

⁴⁷ Esta apreciación se respalda con la reforma del artículo 111 de la Constitución italiana.

contradictorio. En el funcionamiento del sistema acusatorio o en cualquier caso donde la prueba sea producida en sede oral y a través de un sistema de contradicción, lo propio es incentivar las virtudes de los ciudadanos con respecto a la administración de justicia, entendidas como deber de testificar y decir la verdad, desestimulando a la vez los vicios difusos de faltar a la verdad o no declarar, como lo demuestra claramente la práctica anglosajona.

Como conclusión, podemos observar que las relaciones entre el sistema de justicia penal anglosajón y continental pasan por toda suerte de discusiones significativas. Recientemente el profesor Shünemann de la Universidad de Múnich, en una conferencia intitulada “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal desde una perspectiva global”, ha disertado en nuestro país sobre la complejidad del asunto y ha anotado con mucha razón que las tendencias simplificadoras del proceso, que en cualquier caso son una referencia empírica obligada para que lo *acusatorio* funcione, se evidencian como una crisis profunda y vital para la estructura de un Estado de derecho liberal y para un proceso de tradición centenaria que lucha por sobrevivir con sus garantías tradicionales.

Sin duda, se trata de una crisis en la que se deben sortear problemas que trascienden el campo de la mera estructura del proceso para pasar a consideraciones de orden político que no se agotan en la necesidad de una justicia barata y rápida. Por esa razón nos parecen más seductoras las críticas que los propios norteamericanos han hecho a su justicia y que ahora nosotros importamos.