

Avances y retrocesos de la Reforma procesal penal latinoamericana desde la visión de México y Cuba

Serie • Ciencias Penales y Criminológicas • Marzo de 2016 • 9



Coordinadores

Dra. Yesenia Guadalupe Crespo Gómez

Dr. Arnel Medina Cuenca


UNIVERSIDAD DE LA HABANA
FACULTAD DE DERECHO


EDITORIAL
UNIJURIS


REVISTA INTERAMERICANA DE DERECHO
CUBA

Coordinadores: Dra. Yesenia Guadalupe Crespo Gómez (México)

Dr. Arnel Medina Cuenca (Cuba)

Edición y corrección: Dr. Arnel Medina Cuenca

Diseño interior y de cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez

Emplane digital: MSc. Daylín Rodríguez Javiqué

Sobre la presente edición:

© Dra. Yesenia Guadalupe Crespo Gómez (México)

Dr. Arnel Medina Cuenca (Cuba), 2016.

© Editorial UNIJURIS, 2016.

Avances y retrocesos de la Reforma procesal penal latinoamericana desde la visión de México y Cuba.

ISBN 978-959-7219-34-7

Unión Nacional de Juristas de Cuba

Sociedad cubana de Ciencias Penales

Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

Redacción y Administración

Calle 21 No. 552, esq. D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,

La Habana, Cuba. 30 de junio de 2015.

Teléfonos: (53)7832-9680/7832-7562; Email: unjc@unjc.co.cu

Web: www.unjc.co.cu

Los artículos incluidos en esta obra colectiva fueron arbitrados por pares académicos externos, en la modalidad de doble ciego.

ÍNDICE

Prefacio / 1

Dra. Yesenia Guadalupe Crespo Gómez

Prisión preventiva. ¿Medida cautelar o pena de prisión anticipada a la declaración de culpabilidad? / 4

Dra. Mayda Goite Pierre

Dr. Arnel Medina Cuenca

La justicia penal y su transición al sistema acusatorio en México / 99

Dra. Yesenia Guadalupe Crespo Gómez

La imposición y judicialización de la medida cautelar de prisión provisional: Del inquisitivo al acusatorio. Modificaciones impostergables en el proceso penal cubano / 139

Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez

El nuevo sistema acusatorio en la administración de justicia latinoamericana / 177

Dr. Rodolfo Máximo Fernández Romo

La retirada de la acusación por el fiscal en el proceso penal. Nudo gordiano del principio acusatorio / 207

Dr. Juan Mendoza Díaz

La Economía y el Derecho Procesal Penal en un nuevo alumbramiento: El Derecho Procesal Penal Económico / 222

Ms.C. Tania González Aguilera

Dra. Arlín Pérez Duharte

Prefacio

Uno de los temas más recurridos en el ámbito jurídico mexicano, es sin lugar a dudas la implementación del proceso penal acusatorio; con independencia del área del derecho que se ejerza, este nuevo paradigma en la justicia mexicana, trae consigo una serie de influencias que han impactado la tramitación de los procesos: penal, civil, familiar y mercantil por mencionar solo algunos cuya tendencia sigue hacia la oralidad, apuntalándola como el medio para hacer más dinámica las intervenciones, favorecer la publicidad y agilizar el sistema de audiencias. Aunque referirnos exclusivamente a estas parcialidades temáticas, dejarían demasiadas interrogantes y lo que se busca, es tratar de dar respuestas.

La mayoría de los países latinoamericanos inició la transición del sistema tradicional inquisitivo al acusatorio en los últimos años del siglo XX, no así México, que espero las luces del nuevo siglo y ha sido en el año 2008 que nace la reforma constitucional que da vida a los principios que rigen el sistema procesal acusatorio; evidentemente no entraron en vigor inmediatamente en todo el país, sino se dio una *vacatio legis* de ocho años para su obligatoriedad en todo el territorio nacional; temporalidad no acogida por todos los Estados, como el caso de Chihuahua, Oaxaca y Nuevo León por citar algunos, quienes ya operaban con vestigios acusatorios en sus leyes procesales y que una vez publicada la reforma que marcaba la transformación del sistema, adecuaron sus legislaciones procesales para ponerlos en marcha, apostando a la ponderación de garantías que traía consigo este nuevo modelo y que se erige como propio de los Estados democráticos de derecho a decir de algunos tratadistas.

Cuba es sin lugar a dudas de los países latinoamericanos con más experiencia en el modelo acusatorio, baste analizar y conocer la evolución histórica de los procesos penales y consecuentemente de las normas jurídicas que le han dado vida para tener como referente que desde el 1ro de enero de 1889 entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 14 de septiembre de 1882 (LECrim), extensiva a la Isla por Real Decreto de 19 de octubre de 1888, como resultado del movimiento codificador del siglo XIX¹; esta ley en donde se

¹ RIVERO GARCÍA, Danilo, "Estudios sobre el proceso penal", Cuba, ONBC, 2014, p. 3.

conservaban aspectos fundamentales del sistema inquisitivo en la primera etapa denominada sumario, también tenía otra en donde prevalecía el sistema acusatorio denominada del *juicio oral*, practicándose la publicidad, la contradicción, la concentración, y según se lee la igualdad procesal entre la defensa y el órgano acusador.

Todo un siglo y algunos años han transcurrido ya desde la entrada en vigor de la LECrim en Cuba, y con ello las necesarias reformas para adecuarlas a la realidad social y a los clamores de proceso judiciales transparentes y garantistas, al igual que en los demás países que integran el continente; dentro de las modificaciones que tuvo, se abolió casi radicalmente el secreto sumarial y se establecieron instituciones como el habeas corpus y el recurso de casación²; pero las reformas no pararon ahí siguieron su curso en donde ha predominado el proceso penal acusatorio hasta nuestros días, siendo parte de su historia legislativa, *La Ley No. 1251 De Procedimiento Penal* acordada por el Consejo de Ministros el 25 de junio de 1973, que derogó la LECrim, y posteriormente *La Ley No. 5* que rige en la actualidad, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular, el 13 de agosto de 1977³.

Sintetizar la historia legislativa de un pueblo no es tarea fácil, menos si se trata de uno que no es el propio, pero tratando de hacer énfasis a lo interesante de los antecedentes normativos cubanos es que me atrevo a destacar los datos ya señalados, con todo el respeto a la propia historia, a los historiadores, quienes por su propio oficio serían los idóneos para marcarnos estos anales históricos y por supuesto con la consigna de que es una mera narrativa que busca enaltecer la experiencia y la tradición jurídica que poseen en la materia.

Por ello, Cuba ha sido asesor en la implementación del proceso penal acusatorio de algunos países latinoamericanos, puesto que tienen arraigado en su construcción normativa y en la cultura jurídica, el sistema acusatorio con los principios que lo rigen como parte del quehacer jurídico.

Y es que desde que tuve la oportunidad de realizar el posdoctorado y tomar clases con la Dra. Mayda Goite Pierre, ahora decana de la Facultad de Derecho de la Habana, Cuba, quedé maravillada de los conocimientos que su país alberga y de la vasta experiencia

² ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, República de Cuba, Ley. No. 5 de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977. Disponible en: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Cuba_Ley_de_Procedimiento_Penal_Texto_Completo.pdf

³ RIVERO GARCÍA, Danilo, op. cit., pp. 4-7.

en el proceso penal acusatorio que con orgullo nos narró, contaban. Esto aunado por supuesto a lo enriquecedora que han sido las Escuelas de Verano sobre temas penales contemporáneos que anualmente organizan y que contribuyen a la investigación y al debate en nuestro campo, a la cual he tenido la oportunidad de asistir y participar, aprendiendo en cada visita un poco más, objetivo final de toda escuela; sin mencionar lo valioso de las amistades ahí forjadas, Mayda y Arnel, quienes hacen posible esta obra y por supuesto a los demás compañeros que aquí escriben y que me han hecho participe también de este proyecto.

Este libro aborda desde la óptica de México y Cuba los avances y retrocesos de la reforma procesal penal latinoamericana y tiene como estructura seis capítulos que han sido redactados desde una perspectiva científica por cada uno de sus autores: 1) *Prisión preventiva ¿Medida cautelar o pena de prisión anticipada a la declaración de culpabilidad?* por la Dra. Mayda Goite Pierre y el Dr. Arnel Medina Cuenca; 2) *La justicia penal y su transición al sistema acusatorio en México*, por quien escribe estas breves líneas; 3) *La imposición y judicialización de la medida cautelar de prisión provisional: del inquisitivo al acusatorio. Modificaciones impostergables en el proceso penal cubano*, por el Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez; 4) *El sistema acusatorio y su repercusión en la palestra jurídica latinoamericana*, por el Dr. Rodolfo Máximo Fernández Romo; 5) *La retirada de la acusación por el fiscal en el proceso penal. Nudo gordiano del principio acusatorio*, por el Dr. Juan Mendoza Díaz y; 6) *La economía y el derecho procesal penal en un nuevo alumbramiento. El derecho procesal penal económico*, por la Ms. C. Tania González Aguilera y la Dra. Arlín Pérez Duharte; todos especialistas en la materia, distinguidos catedráticos y reconocidos investigadores que contribuyen al análisis y discusión de temas torales dentro del proceso penal latinoamericano; para que quienes nos lean, ya sean estudiantes, catedráticos, investigadores, abogados u operadores del sistema, reflexionen acerca de las posturas planteadas y emitan las propias para contribuir a proponer las adecuaciones necesarias, dado que partimos de la premisa de que no hay sistemas perfectos, sino perfectibles, y esto sólo se alcanza, al conocer y estudiar nuestra realidad.

DRA. YESENIA GUADALUPE CRESPO GÓMEZ

Profesora investigadora de la Universidad
Juárez Autónoma de Tabasco.

Prisión preventiva. ¿Medida cautelar o pena de prisión anticipada a la declaración de culpabilidad?

DRA. MAYDA GOITE PIERRE*

DR. ARNEL MEDINA CUENCA**

“La prisión preventiva es la expresión más clara de represión a la llamada criminalidad convencional, su descarada y hasta expresa función penal punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión”.

(ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Prólogo, En: Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 4.)

Sumario

1. Exordio
2. El populismo punitivo como una expresión del expansionismo del Derecho penal
3. La influencia del Derecho penal del enemigo y los excesos en la utilización del poder punitivo

* Profesora Titular de Derecho Penal y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. mayda@lex.uh.cu

** Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. arnel@lex.uh.cu

4. Seguridad ciudadana y reformas procesales un binomio inseparable
 - 4.1. La seguridad ciudadana. Valoración de su incidencia en la región y enfoque criminológico
 - 4.2. Las reformas procesales penales en América Latina
 - 4.3. La prisión preventiva
 - 4.3.1. La prisión preventiva y los presos sin condena
 - 4.3.2. Los requisitos de la prisión preventiva
 - 4.3.3. La prisión preventiva y la presunción de inocencia
 - 4.3.4. Las influencias externas en la aplicación de la prisión provisional
 - 4.3.5. La influencia de los medios de comunicación en el incremento de la prisión provisional
5. A modo de conclusiones
6. Bibliografía

1. Exordio

La prisión preventiva - o el sometimiento por parte del Estado de una persona sospechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad - suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra, de que la investigación se llevará a cabo sin obstaculizaciones indebidas y de que aquellos que sean encontrados penalmente responsables cumplirán con la pena impuesta¹.

¹ DE LA JARA, Ernesto, *et al.*, "La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?", Instituto de Defensa Legal, 2013, p. 7. Disponible en: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Libro%20Prision%20Preventiva%20Final%202013-09-13.pdf> Consultado el 23/7/2015, a las 22.18. Los autores precisan que los riesgos son claros en

Coincidimos con el profesor de la Universidad de Costa Rica Javier Llobet², en su apreciación de que la reforma procesal penal que se dio a partir de los años noventa del siglo pasado en Latinoamérica sobre la base del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988³ pretendía superar los procedimientos inquisitivos y escritos⁴, con porcentajes muy altos de presos sin condena, de modo que lo

ambos sentidos: una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además de que sus relaciones familiares, sociales y laborales sufrirán inevitablemente un daño. Por otro lado, una persona que enfrenta un proceso en libertad con intención de boicotearlo podría, con relativa facilidad, frustrar la obtención de justicia, sea mediante la fuga o la manipulación y/o obstaculización de la actividad probatoria.

² LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "Prisión Preventiva, Presunción de Inocencia y Proporcionalidad en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. N^o 1, 2009, p. 162. Disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/viewFile/12629/11885> Consultado el 9/2/2016, a las 22.10.

³ *Vid*, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano", IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 24, 2009, p. 116, Puebla, México. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968006.pdf> Consultado el 9/2/2016, a las 22.40.

⁴ *Vid*, MENDOZA DÍAZ, Juan y Laura GONZÁLEZ CHAU, "La audiencia preliminar, una efectiva contribución al principio acusatorio en el proceso penal", En: *Perspectiva del sistema penal acusatorio en Europa y Latinoamérica*, Coordinadores: Gonzalo Armienta Hernández y Mayda Goite Pierre, Editorial Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2012. Sobre el modelo de enjuiciamiento penal, que se instauró en América Latina en los siglos XVIII y XIX, como resultado de la fusión histórica del sistema inquisitivo que durante cinco siglos prevaleció en la Europa Continental y América, y el sistema acusatorio de raigambre grecorromana. Cuba y Puerto Rico, últimas colonias españolas en América, fueron destinatarias directas del proceso codificador que tuvo lugar en España en la segunda mitad del siglo XIX, cuyo fruto fue la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del 14 de septiembre de 1882, que se hizo extensiva a Cuba por Real Decreto de 19 de octubre de 1888 y comenzó a regir el 1^o. de enero de 1889.

común era la privación de libertad como consecuencia de la prisión preventiva y la excepción que dicha privación lo fuese como resultado de una sentencia condenatoria firme.

Una de las mayores preocupaciones en el Código Modelo para Iberoamérica de 1988 era la regulación de la prisión preventiva, que fuera conforme a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad. Sin embargo, debe reconocerse que uno de los aspectos en los que la legislación aprobada se apartó de la propuesta del Código Modelo fue en la regulación de la prisión preventiva, ya que en general se llegó a contemplar la causal de peligro de reiteración delictiva, unido a que en algunas legislaciones se mantuvieron las prohibiciones excarcelatorias, reguladas usualmente en leyes especiales, como las relativas a la sanción del tráfico de estupefacientes y de drogas. Por otro lado, el ámbito valorativo que conceden causales como la de peligro de fuga y de obstaculización, permitió que siguieran en muchos países aplicándose criterios restrictivos para el dictado de la prisión preventiva, siguiéndose al final de cuentas las prácticas que se habían desarrollado bajo los códigos inquisitivos derogados⁵.

Unido a lo anterior, se une la larga duración de la prisión preventiva y las condiciones de hacinamiento en el cumplimiento de la misma, lo que quedó demostrado en la investigación sobre los presos sin condena realizada por el ILANUD⁶ en la década de los ochenta del siglo pasado, haciendo conciencia sobre la necesidad de la reforma procesal.

Sin embargo, los avances que se lograron con la nueva legislación procesal, en la práctica no se han reflejado como significativos con respecto a los porcentajes de presos sin condena, lo que refleja las dificultades para superar la cultura inquisitiva de los códigos procesales antiguos. Se une a ello que algunos en forma demagógica han atribuido el aumento de la inseguridad ciudadana a la existencia de una legislación con un “exceso de garantismo” en cuanto a la regu-

⁵ *Ídem*, pp. 116-117.

⁶ CARRANZA, Elías, Luis Paulino, MORA, Mario HUED, y Eugenio Raúl, ZAFFARONI, “El preso sin condena en América Latina y el Caribe”, ILANUD, San José, Costa Rica, 1988.

lación de la prisión preventiva, lo que ha provocado contrarreformas en diversos países latinoamericanos⁷.

El problema científico de nuestra investigación está relacionado con la imposibilidad de solucionar el fenómeno de la violencia y la inseguridad ciudadana en Latinoamérica, aplicando una política de excesiva utilización de la prisión provisional, que vulnera el principio de presunción de inocencia y provoca el hacinamiento carcelario y otras violaciones de los derechos humanos de las personas que son privadas de su libertad de forma anticipada a la declaración de culpabilidad.

Como objetivos nos propusimos fundamentar los elementos generales que caracterizan el expansionismo penal y el uso excesivo de la prisión provisional en la región, sistematizar las políticas orientadas desde los Instrumentos jurídicos internacionales y los fundamentos de las leyes penales que favorecen la aplicación de políticas de excesiva severidad en el enfrentamiento a la violencia y al delito en general, analizar las consecuencias de la aplicación excesiva de la prisión provisional en contraposición con el principio de presunción de inocencia, dada su pobre contribución a la seguridad ciudadana y la armonía social y evaluar las alternativas que pueden trazar las bases de una política penal que tribute de manera adecuada al enfrentamiento a la violencia y la inseguridad ciudadana.

Como herramientas metodológicas para el desarrollo de la investigación, se han utilizado, de manera general, entre otros, el método histórico-jurídico, para estudiar la génesis de nuestro objeto de estudio y sus variaciones a lo largo del tiempo y el jurídico-doctrinal, desde la concepción de la investigación hasta su resultado final, en tanto implica análisis de conceptos e instituciones involucradas en los procedimientos de anotación y sus aristas doctrinales, jurisprudenciales y prácticas para la profundización y aporte de información. A través de este método se ahondó en las investigaciones precedentes sobre la institución de la prisión provisional y su regulación nacional e internacional, lo que permitirá defender las posturas adoptadas en el presente trabajo.

⁷ *Ídem.*

2. El populismo punitivo como una expresión del expansionismo del Derecho penal

La vigencia de los principios limitativos del derecho de castigar o *ius puniendi*, que se erigen como escudos protectores para evitar los excesos de los Estados, en la aplicación del poder punitivo y que han sido consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos y en las constituciones y leyes nacionales, se encuentran muy cuestionados en los inicios del siglo XXI, de la mano de la denominada sociedad de riesgo y la aparición de fenómenos delictivos congruentes con ello, que están requiriendo de una política criminal, en la que se logre la necesaria armonía entre la necesidad de adaptar las normas penales y de procedimiento al surgimiento de nuevos intereses de protección o la revalorización de algunos ya existentes y la necesidad de garantizar la vigencia de un proceso penal garantista y respetuoso de los derechos fundamentales, frente a la innegable criminalidad de nuevo "corte".

El denominado populismo punitivo⁸ ha provocado fuertes deterioros en los derechos sociales y el garantismo, con el endurecimiento del Derecho penal y de los instrumentos de control social. Los gobiernos y los medios de comunicación social masiva comprometidos con el populismo punitivo buscan obtener apoyo social para su implantación y extensión, recurriendo a caballos de Troya penal.

En otras palabras, se utiliza la desgracia de los perjudicados, las víctimas y sus familiares, para realizar modificaciones estructurales del sistema sancionador, en tanto por la falta de consenso y la resistencia de la sociedad civil, muy trabajoso resulta para los políticos propiciar y establecer reformas penales, y por ello se busca la oportunidad de casos denigrantes o que creen suficiente alarma social, y así aperturar un espacio e introducir la excepcionalidad, la restricción de garantías, el endurecimiento de las penas o, en el mejor de los casos,

⁸ Vid, LARA Amat y Joan, LEÓN, "El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo", *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, núm. 4, 2013, p. 141. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/download/5462/7549> Consultado el 21/6/2015, a las 13.30.

provocar que el sistema de justicia penal vigorice las sanciones sobre los culpables⁹.

Con este sistema se introduce la opinión de la víctima en el proceso de reforma penal, a través de la presión que los medios de comunicación ejercen sobre la población. Podría decirse que las agresiones sexuales contra los niños y niñas; la violencia contra las mujeres, y las muertes violentas ocasionadas por atracos con el empleo de armas, han sido recurrentes para mostrar la gravedad de un delito por la gran desproporción del delincuente frente a la víctima¹⁰.

El dilema del *ius puniendi versus ius libertatis* ha estado presente a lo largo de la historia de la evolución de las ideas penales y no ha sido resuelto de igual manera. A pesar de ello, los ciudadanos alarmados por el constante incremento de las actividades criminales reclaman un cambio hacia una postura más represiva y dura del sistema penal. La mejor forma de combatir los abusos y la represión en materia penal continúa siendo la de limitarlos mediante la protección de los derechos inalienables de los seres humanos. Los poderes probatorios no deben conducirnos al autoritarismo. El buen criterio judicial, al resolver sobre la responsabilidad penal de una persona, se debe apoyar en el respeto por parte de las autoridades a la dignidad e integridad de la persona humana¹¹.

⁹ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Retos y desafíos del derecho penal y la criminología en América Latina", Revista IUS, vol.8, no.34, Puebla jul./dic. 2014, p. 3. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472014000200002&script=sci_arttext Consultada el 23/6/2015, a las 11.00.

El autor propone como alternativa buscar la reversión de la doble vía, que hace hoy a la justicia penal una justicia fuertemente clasista: Derecho penal máximo, extremadamente duro e inflexible contra la delincuencia de los pobres, delincuencia de subsistencia; Derecho penal mínimo, máximamente leve e indulgente contra los crímenes del poder, la corrupción.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ *Vid*, RIVERO EVÍA, Jorge, ¿Aseguramiento o garantismo? El Derecho penal del enemigo en la Constitución Mexicana, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, pp. 254-255. Disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/27/14%20%C2%BFaseguramiento_Revista%20Judicatura.pdf Consultado el 4/6/2015, a las 17.00.

Cuando el asunto se vuelve un problema de seguridad nacional y pasa a formar parte de la agenda de seguridad nacional de un país significa que el Estado fracasó al respecto y los intentos previos por solucionar esos problemas en otros ámbitos no funcionaron. Desde esta perspectiva, el Estado se encuentra dispuesto a utilizar mecanismos excepcionales para lograr una solución efectiva, mediante la promoción de actividades abiertamente antidemocráticas, que resultan por demás arriesgadas porque atentan contra el ideal del Estado de Derecho...¹².

Las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, como afirma ZAFFARONI, sino el resultado de la experiencia de la humanidad acumulada en casi un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de todas las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que el poder punitivo descontrolado emprendiendo empresas genocidas causó más muertes y dolor que las propias guerras¹³.

En la primera década del nuevo siglo y los años siguientes, se ha producido un proceso creciente de elevación de las penas de prisión y la pobreza o el desarraigo social hacen que los delincuentes eviten por todos los medios ingresar en prisión, aun a costa de eliminar los testigos. Sus delitos son cada vez más violentos, innecesariamente violentos, salvo para evitar identificaciones posteriores y destruir pruebas como consecuencia de una política de castigo penitenciario desmesurado incluso para delitos mínimos, que tiene como resultado una ampliación de la violencia en la sociedad y la aparición de una delincuencia ultraviolenta, lo que se traduce en un mayor hacinamiento carcelario y más presión sobre los gobiernos desde la empresa privada y la sociedad, para buscar soluciones, que no siempre se corresponden con una estrategia de enfrentamiento a las bandas criminales científicamente elaborada y coherente con la realidad social. De lo que se trata, es de responder también a la violencia estatal, con más violencia.

¹² *Ídem*, p. 255.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Globalización y Crimen Organizado", Conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf Consultado el 26/3/2015 a las 11:00.

En la mayoría de los países Latinoamericanos la creciente criminalidad, que desde una perspectiva criminológica ha cambiado los cánones del delito tradicional, no solo en las conductas sino también en los sujetos comisores, que va generando un sentimiento de inseguridad generalizado, lo que ha traído como consecuencia que la Comunidad internacional se haya pronunciado por un cambio en las políticas de enfrentamiento a esta “nueva” delincuencia, recomendando a los Estados que adopten medidas que contribuyan a una persecución eficaz.

Ello se ha asumido como un llamado al “endurecimiento” en las políticas penales, donde el uso de la prisión provisional ha dejado de ser excepción para convertirse en regla con una franca disminución de la presunción de inocencia como paradigma de los procesos penales y derechos de los ciudadanos lo que nos obliga a presentar un análisis objetivo de esta problemática con la finalidad de contribuir a que el Derecho penal guiado por los fundamentos criminológicos no pierda su esencia de *última ratio*.

El expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal y las largas condenas de prisión, no siempre por violaciones demasiado graves de las normas de convivencia, sin que el hacinamiento carcelario parezca importarles demasiado a los que diseñan y aplican la política criminal, especialmente en América Latina, le dan toda la razón a GALEANO, cuando al referirse a la situación de los presos en América Latina expresó que “...las dictaduras militares ya no están, pero las frágiles democracias latinoamericanas tienen cárceles hinchadas de presos. Los presos son pobres, como es natural, porque solo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos. Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata, en su gran mayoría presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno de Dante parece cosa de Disney. Continuamente estallan motines en estas cárceles que hierven. Entonces las fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y de paso matan a todos los que pueden, con lo que se alivia la presión de la superpoblación carcelaria hasta el próximo motín”¹⁴.

¹⁴ GALEANO, Eduardo, “El sacrificio de la justicia en los altares del orden”, Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho

3. La influencia del Derecho penal del enemigo y los excesos en la utilización del poder punitivo

Para combatir a los traficantes de armas, drogas y seres humanos, que junto al terrorismo, la corrupción y otros males, se encuentran en el centro de la preocupación de los gobiernos, los partidos y la sociedad civil, un sector de la doctrina penal y criminológica, considera necesaria la promulgación de normas penales de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales, por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.

Sin control social la existencia no sería posible, ya que es inimaginable un proceso de socialización sin normas de conducta, sin sanciones para el caso de incumplimiento de las mismas y sin realización material de la norma y la sanción. Dentro del amplio campo del control social el Derecho penal llena el sector que se ocupa de los intereses, es decir, de los bienes jurídicos fundamentales y que, por tanto están expuestos a plantear los conflictos más graves. Precisamente por ello, ninguna otra institución prevé sanciones tan radicales para la infracción normativa...¹⁵.

Lo que no nos parece apropiado es que ese control social, con el pretexto de combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, se convierta en una forma de represión creciente, con una utilización excesiva del Derecho penal y al margen de los principios limitativos del *ius puniendi*, que han sido incorporados a las constituciones y las leyes, como resultado de un largo proceso de defensa de los derechos humanos.

Por otra parte no se trata de problemas nuevos, son fenómenos, que de la mano de la globalización se han complejizado en extremo,

de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Diciembre de 1997, Año 12, No. 14, pp. 3-7. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/index.php?page=revistas> Consultado el 19/4/2015, a las 22.00.

¹⁵ RIVERO EVÍA, Jorge, ¿Aseguramiento o garantismo?..., *op. cit.*, p. 256.

porque como afirma Jorge Rivero Evía¹⁶, en principio, se debe afirmar que el nacimiento del crimen organizado no se puede fijar históricamente en una fecha y lugar determinados, sino más bien, deriva de varios acontecimientos políticos, económicos, sociales y culturales, que han evolucionado paulatinamente y que en el presente se siguen desarrollando, sin que exista un freno aparente del fenómeno, el cual abarca diversos puntos geográficos.

Con la expansión del capitalismo, paralelamente se extiende la delincuencia, principalmente en países que además tienen instituciones mermadas, en donde existe falta de autoridad o desconfianza en ellas; lo que genera un caldo de cultivo idóneo para que el fenómeno se acreciente. De esta forma, el delito opera primeramente, de manera local y va extendiendo sus redes de organización territorial, hasta conformar modelos sofisticados de organización regional, escalando el ámbito nacional y trascendiendo las fronteras¹⁷.

A la par, el proceso de globalización económica en el que vive el mundo actual, es un vehículo idóneo para el desarrollo de la delincuencia transnacional, que mantiene su centro de operaciones en países que, por su inestabilidad estatal lo permiten, extendiendo sus

¹⁶ RIVERO EVÍA, Jorge, "El Derecho Penal del enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?", p. 4. Disponible en: <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/derechopenal.pdf> Consultada el 17/2/2016 a las 13.15. *Apud*, DAGDUG KALIFE, Alfredo. La prueba testimonial ante la delincuencia organizada, Porrúa, México, 2006, p. 5. Y añade una cita de Alvarado Martínez, que sitúa en 1685, su antecedente más remoto: "... cuando por primera vez, en un texto siciliano, se manejó el término de la mafia. Este término fue evolucionando y, particularmente, en el siglo XVIII se refirió de manera muy particular, a una organización muy cerrada de tipo de delincuencia, incluso hasta nuestros días, este término designa a la vez, a un grupo criminal históricamente radicado en Sicilia y, por otro lado, la mafia, se refiere a un grupo delincuencia, de una estructura cerrada, con un enorme potencial violento y, de manera muy particular, también a que tienen relaciones de poder y de fidelidad muy connotadas..." (ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *Delincuencia organizada*, en: Procedimientos penales especiales, Israel Alvarado Martínez (Coordinador), Porrúa, México, 2006, p. 4.

¹⁷ *Ídem*, p. 6.

actividades a gran parte del globo terráqueo, de ahí, la existencia de una nueva forma de delincuencia sin fronteras¹⁸.

El denominado Derecho penal del enemigo¹⁹, se ha convertido en el principal argumento de los que consideran que con más cárceles, nuevas tipicidades delictivas, mayor utilización de la prisión provisional en los procesos penales y sanciones de mayor severidad, serán resueltos los graves problemas que enfrenta la humanidad con el incremento de la violencia y la presencia de las bandas criminales en todas las esferas de la vida.

El principal exponente de la teoría del Derecho penal del enemigo, es el jurista alemán Günther Jakobs, quién distingue dos regulaciones, del Derecho penal, dos modos de proceder con los delincuentes: el trato con el "ciudadano", en el que se espera a que cometa el delito para reaccionar, viéndole como persona que ha infringido el pacto, pero que no persiste en ello, manteniendo el status de persona; y el

¹⁸ *Ibidem*. Al respecto analiza que tomando en consideración el producto del tráfico de drogas, las ventas ilícitas de armas, el contrabando de materiales nucleares o las ganancias de actividades controladas por las mafias (prostitución, juego, mercado negro, divisas), Naciones Unidas ha denunciado que los ingresos mundiales anuales de las organizaciones criminales transnacionales equivalen al producto nacional bruto (PNB) de los países de ingreso débil (según la categorización de la banca mundial) y de sus tres mil millones de habitantes. Así, mientras los mercados financieros despliegan una actividad febril y sin cortapisas, inmersos en un capitalismo "de casino", completamente desligado de los procesos productivos, zonas enteras asisten a la pérdida de su autonomía, política y jurídica, así como al desgarramiento de sus estructuras sociales y productivas, con un futuro muy difícil a considerar (PISARELLO, Gerardo, Globalización, Constitucionalismo y Derecho, En: Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (Compiladores), Estado Constitucional y Globalización, 2da. Edición, Porrúa, México, 2001, p. 245).

¹⁹ Se caracteriza por los elementos siguientes:

- a. Un amplio adelantamiento de la punibilidad; en el que el punto de referencia del ordenamiento penal, ya no se encuentra proyectado en el hecho cometido, sino hacia el hecho futuro, con lo que se retorna al denominado derecho penal de autor;
- b. Penas desproporcionadamente altas, contrario al principio de proporcionalidad;
- c. Relativización o supresión de determinadas garantías procesales.

trato con el “enemigo”, que se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de persona, y que por ello debe ser interceptado y combatido antes por su peligrosidad, una custodia de seguridad anticipada que se denomina “pena”, por tratarse de individuos que hay que coaccionar para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico²⁰.

En palabras del propio JAKOBS, “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”²¹. Para él, es tan legítima la pena como contradicción por la comisión de un delito, que la pena como eliminación de un peligro, pues el enemigo debe ser excluido. Porque en estos casos la función de la pena no es la coacción dirigida contra la persona en derecho, sino la de combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad.

Ello tiene dos consecuencias claras: el adelantamiento de la punición equivalente al *status* de un hecho consumado – lo que supone en ocasiones incriminar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico–, pero sin que suponga reducción alguna de la pena, con la correspondiente desproporción; y la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales, sobre todo las derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan porosos y ambiguos que permiten hablar de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que de él se desprende²².

El Derecho penal del enemigo que se convierte en un Derecho de guerra, un nuevo formato que configura una legislación penal y procesal preventiva que sólo atiende a la eliminación del riesgo generado

²⁰ Vid, SANZ MULAS, Nieves, “De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de Günther Jakobs, El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.14, 2012 p. 10. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf> Consultada el 25/4/2015, a las 22.00.

²¹ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, Günther -CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 40.

²² SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 11.

por el “individuo peligroso” a través de medidas de seguridad²³. Porque la finalidad última no es sino una: la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado²⁴. Porque todo vale en la guerra contra los enemigos. Enemigos que si son terroristas son aún más enemigos, y las justificaciones llegan todavía más lejos²⁵.

Tal como se encuentra concebido el Derecho penal del enemigo, resulta lógico que la suspensión de garantías procesales viniera a formar parte esencial de esta misma estrategia, en el entendido de que con el catálogo de derechos que la normativa democrática atribuye tradicionalmente a todo ciudadano en pie de igualdad, posiblemente no resultaría tan fácil alcanzar el objetivo propuesto, lo que supondría, por consiguiente, el fracaso del sistema. Se trata, como se ve de una concepción que alienta la “permeabilidad” entre la legislación de emergencia y la ordinaria, en virtud de la cual las normas dispuestas para el delincuente-enemigo han acabado formando parte del derecho concebido para el resto de los delincuentes²⁶. El propio JAKOBS se permite la sutileza de advertir “...un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo...”²⁷.

Para SANZ MULAS, existen dos diferencias entre el Derecho penal y del Derecho penal del enemigo, y que cabe en consecuencia reprochársele a este último: una, el Derecho penal del enemigo no

²³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, En: PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía – Akal, Madrid, 2005, pp. 241 y ss.

²⁴ *Ídem*, p. 251.

²⁵ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 11.

²⁶ CERVINI, Raúl, “Sobre la desnaturalización dogmática de los atributos de la Persona Humana”, p. 2. Disponible en: http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/cervini_desnaturalizacion-dogmatica-persona-humana.pdf Consultado el 23/6/2015, a las 14.10.

²⁷ JAKOBS, Günther y Manuel, CANCIO MELIA, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 56.

estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza (excluye) a determinados grupos de infractores; dos, el Derecho penal del enemigo es un claro Derecho penal del autor²⁸.

El expansionismo del Derecho Penal reflejando especialmente en la multiplicación de tipos legales, el adelantamiento de la ilicitud a las etapas preparatorias y el aumento de penas, se amalgama con un Derecho penal simbólico entroncado en el denominado Realismo de Derecha. Así, se apela a una normativa abstracta que busca tranquilizar a la opinión pública mediante producciones legislativas que de antemano son de imposible cumplimiento²⁹.

A las leyes penales y procesales no se les reconocen, conforme a los postulados de estas posiciones extremas, otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión pública, o sea, un efecto figurado, con lo cual se acaba en un Derecho penal de riesgo simbólico, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, más claramente, se miente, dando lugar a un Derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideología³⁰.

Estamos retornando al denominado Derecho penal de autor, a las medidas de seguridad, los tipos penales abiertos y otros males que ya parecían superados, como resultado de los esfuerzos de cientos de miles de hombres y mujeres de buena voluntad, que, como señalamos *supra*, en diferentes épocas han contribuido al reconocimiento universal de los derechos humanos fundamentales.

Respecto del fin general de la Política Criminal, puede decirse que es la realización de los derechos fundamentales; no obstante, se discute si es un fin jurídico o social. Si se dice que es la vigencia material de

²⁸ *Ibidem*, p. 15.

²⁹ JAVIER RUA, Ramiro, "El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador", *Revista Crítica Penal y Poder*, No. 3. 2012. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, p. 61. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/3480/6726> Consultado el 15/4/2015, a las 9.00.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Eugenio y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 352.

los derechos fundamentales reconocidos, se parte de una concepción del Estado Social y Democrático de Derecho y de los derechos fundamentales que lo sustentan como principios guías a partir del cual se legitima la coerción de los poderes públicos y toda su actuación pública, y por lo tanto, también sus actuaciones políticas y jurídicas.

En suma, toda Política Criminal tendrá que ser necesariamente el modelo de Estado personalista de realización positiva de los derechos fundamentales y limitado negativamente en su actuación por el respeto de éstos por encima de cualquier interés general. Además debe señalarse que el reconocimiento de los Derechos Fundamentales y la Construcción del Estado Democrático de Derecho que la acompaña como paradigmas del derecho legítimo, obedece a que ambos conceptos representan la más importante invención de Occidente. Los derechos fundamentales y el concepto de Estado de Derecho constituyen una legitimación axiológica. Los derechos fundamentales concebidos como paradigma de legitimidad del derecho vigente y de la actuación de los poderes públicos deben entenderse con los caracteres tradicionalmente atribuidos a los derechos humanos, sólo que están positivizados: igualdad, universalidad, indisponibilidad, atribución *ex lege* rango constitucional, por ello se encuentran supraordenados en las normas jurídicas³¹.

La naturaleza jurídica de la potestad punitiva del Estado, o "*ius puniendi*", que con frecuencia se ha denominado como un derecho subjetivo del Estado, en la actualidad, ha de considerarse indiscutible que no se trata del ejercicio de ningún derecho subjetivo, sino de las funciones que corresponden al Estado en virtud del pacto social traducido en la Constitución.

El poder de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias, y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos"³². Por muy difícil que se presente la lucha contra el terrorismo internacional y el crimen organizado en la era de la globalización, las soluciones no podremos buscarlas en más

³¹ *Ibidem*, p. 103.

³² CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Segunda Edición, adaptada al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, 1996, p. 102.

delitos, aplicación indiscriminada de la prisión provisional, mayores penas y reglas más rigurosas para la excarcelación anticipada de los privados de libertad. Es evidente que ese no es el camino correcto.

En este escenario, resulta compleja la lucha por la disminución de la prisión provisional, las alternativas a la privación de libertad, la intervención mínima, la proporcionalidad de la pena y la resocialización de los sancionados, en la tarea de darle continuidad a los avances que se habían logrado desde la segunda mitad del pasado siglo, cuando el tratamiento penal adoptó una amplia variedad de formas, que incluían la despenalización de las conductas de escasa peligrosidad social, menor aplicación de la prisión preventiva, mayor racionalidad en la determinación de la cuantía de las penas y medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad, entre otras acciones, encaminadas a lograr una política penal, en la que los propósitos enunciados desde la doctrina, sobre el cumplimiento del principio de humanidad de las penas, se tenían en cuenta, en mayor grado por los poderes legislativo y judicial.

Se trata de un tema que no podemos abandonar, al menos los que continuamos pensando que la solución a los problemas del incremento de la criminalidad hay que buscarlos en las políticas de inclusión social y no en el incremento del rigor de las penas, ni en la construcción de más cárceles, porque como ha dicho con acierto el experto en sistemas penitenciarios de los Estados Unidos Robert Gangi: “Construir más prisiones para detener el delito es como construir más cementerios para detener las enfermedades mortales”³³.

Ante este panorama, se impone la necesidad de que, al mismo tiempo que se combate la delincuencia y sus manifestaciones ligadas al crimen organizado, respetando los derechos de los procesados, que han sido consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales y en las constituciones y los códigos penales y procesales, se avance también en la investigación científica de manera que se puedan proyectar estrategias nacionales y locales que incluyan, entre

³³ BLAUSTEIN, Eduardo, “Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación”. *Revista ZOOM*, Buenos Aires, Argentina, 2006. Disponible en: <http://revista-zoom.com.ar/articulo1324.html> Consultada el 22/4/2015, a las 20.00.

otras, medidas de inclusión social y proyectos comunitarios que sitúen a la prevención del delito en el centro de su actividad.

La mira hay que situarla en el tipo de sociedad que necesitamos para que al menos las futuras generaciones, tengan la opción de vivir un clima de paz y armonía, en el que sin llegar a prescindir del Derecho penal y de la utilización del poder punitivo del Estado, los niveles de violencia se tornen tolerables y los conflictos sociales más graves, puedan ser sustituidos por la solidaridad, la igualdad y la libertad, en armonía con un Derecho punitivo verdadero protector de todos los Derechos Humanos, y una educación y compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incomprensible de bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos la vida³⁴.

En sus conferencias el Profesor Zaffaroni³⁵, ha reflexionado sobre el Derecho penal del enemigo, diciendo “se vive una etapa en que

³⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 4. 22 de abril de 2002, p. 1. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html Consultado el 22/3/2015, a las 11.30.

³⁵ Vid, PARMA, Carlos, El “enemigo” del Derecho Penal del Enemigo, en: *Ámbito Jurídico.com.br*, p.5. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1097 (Conferencia del profesor Zaffaroni sobre “El derecho penal del Enemigo”, dictada en la Universidad de Congreso, Mendoza, el día 19 de agosto de 2005). A manera de **reflexiones finales** el Dr. Carlos PARMA, precisa:

- El Derecho Penal del Enemigo es una cuestión grave. Los latinoamericanos ya lo sabemos... somos diferentes, Menezes es el ejemplo. A guisa de conclusión, frente a este planteo debe exigirse una toma de posición: o se está a favor de los Derechos Humanos, las garantías y la igualdad o no.
- Todo adelantamiento de imputación dirigida a un individuo se encuentra ya regulado por normas del derecho positivo (léase asociación ilícita, delitos de peligro, etc.). No se puede hacer una más excepción sobre la excepción. Tal extremo nos llevaría al absurdo de una cadena infinita de excepciones.
- Hay que abandonar las tesis utilitaristas. Tales principios han demostrado su fracaso histórico. De esta manera hay que sostener a rajatablas que el hombre no puede ser sacrificado en aras de la sociedad ni de ningún interés político.

el poder se planetaria y amenaza casi con una dictadura global, el potencial tecnológico de control informativo puede acabar con cualquier intimidad, el uso de ese potencial controlador, por supuesto, no se limitaría a investigar a los protagonistas de hechos violentos sino que abarcaría a toda la población, la comunicación masiva tiene hoy un formidable poder técnico, está abierta a una propaganda vindicativa en todo el mundo.

El poder planetario está fabricando enemigos en serie, los enemigos se gastan rápido de modo que se fabrican otros. Satán y las brujas duraron como 300 años y a partir de la caída del muro de Berlín los enemigos ya no se fabrican fotográficamente, van casi, produciéndose por semanas. Por mucho que se atavíe o se vista de jurídica la cuestión del derecho penal del enemigo, no se escapa que hay en el fondo una pregunta de ciencia política. En este momento, las decisiones estructurales no pasan por la política, casi se toman directamente por protagonistas del poder económico, así el ámbito de la política se va reduciendo y en este sentido se reduce el ámbito de la negociación³⁶.

Agrega el Maestro “penalistas impresionados por hechos de cierta brutalidad ha habido muchos, y lo que caracteriza fundamentalmente la propuesta de Jakobs es su extrema sinceridad (de buena fe), que ha desatado una suerte de escándalo en el mundo jurídico. En todas las épocas en el Derecho penal se ha tratado de eliminar a los delincuentes que cometían delitos muy graves... Esto es algo que transita toda la historia del Derecho penal. Y en definitiva, nada muy diferente

Y como conclusiones finales las siguientes:

- El Derecho penal del enemigo, por más apariencia “real” que tenga debe ser rechazado. Rompe con el principio de igualdad y de humanidad. Hay que declararse: enemigo del Derecho penal del enemigo.
- El “eurocentrismo” no debe seguir “exportando la idea de superioridad y de grandeza social” pues no la tiene. Esa sociedad “global digital” aún no ha definido la “estrella” que pretende alcanzar.
- El Derecho Penal no puede nutrirse de “puro conocimiento abstracto o auto deleitarse por la transparencia argumental de los debates académicos”. No puede prescindir de valores altruistas, pero tampoco los puede imponer. Deben entonces existir anclajes necesarios que sean espacios comunes y a la vez puntos de partidas. Estos son los Derechos Humanos.

³⁶ *Ídem*, p. 6.

es lo que nos propone Günther Jakobs. Es parte del presupuesto que una conducta es banal o no banal según el contexto y según las circunstancias”³⁷.

4. Seguridad ciudadana y reformas procesales un binomio inseparable

4.1. La seguridad ciudadana. Valoración de su incidencia en la región y enfoque criminológico

La seguridad ciudadana, es un tema delicado que preocupa a muchos tomadores de decisión y repercute al calor de las campañas electorales³⁸. No es de extrañar que el tema haya escalado en América Latina hasta convertirse en la principal preocupación pública en muchos países, ya que se refleja en determinados indicadores requeridos para alcanzar el desarrollo humano³⁹.

A pesar de haberse establecido firmemente en el escenario internacional, y de avanzar en la reducción de la pobreza y la desigualdad, en el crecimiento económico y la estabilidad financiera, América Latina aún se ve extremadamente afectada por altos índices de violencia. En el Informe Regional de Desarrollo Humano⁴⁰, se destaca el hecho

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014, p. 5. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf> Consultado el 8/7/2015, a las 23.00. Lamentablemente en los primeros catorce años del siglo XXI en la gran mayoría de los países de la región y de forma destacada en Guatemala, El Salvador y Honduras, el tema de la mano dura contra la delincuencia ocupa un lugar demasiado destacado en las campañas electorales, lo que por lo general impide la adopción de políticas de inclusión social y otras medidas preventivas, que de conjunto podrían contribuir a disminuir los actuales niveles de violencia y de inseguridad ciudadana.

³⁹ *Ídem*, p. III.

⁴⁰ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América

de que se registran más de 100.000 homicidios por año. La mayoría de los países tienen tasas de homicidio comparables con niveles de muerte por epidemia, según la clasificación de la Organización Mundial de la Salud, con tasas mucho más altas que en otras regiones. Los costos humanos y sociales de esta violencia son demasiado altos.

Esta realidad llevó al PNUD a dedicar su Informe Regional de Desarrollo Humano para América Latina 2013-2014 al desafío de garantizar la seguridad ciudadana. *“Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: Diagnóstico y propuestas para América Latina”* evidencia los problemas de la delincuencia y la violencia en la región, y ofrece importantes recomendaciones para mejorar las políticas públicas sobre seguridad ciudadana. El informe tiene como antecedentes el Informe de Desarrollo Humano para Centroamérica del PNUD, *“Abrir espacios para la seguridad ciudadana y el desarrollo humano”*, lanzado en el 2009, y el Informe de Desarrollo Humano del Caribe, *“Desarrollo Humano y el cambio hacia una mejor seguridad ciudadana”*, del 2012.

Acorde al Informe, en todo el mundo el Estado de Derecho y la seguridad ciudadana son elementos claves de los programas de las Naciones Unidas que trabajan para mejorar, entre otras cosas, los sistemas de justicia y de aplicación de la ley, así como en las medidas preventivas necesarias para minimizar la marginalidad en la sociedad, como la generación de oportunidades de empleo, la promoción de la inclusión social, y el fomento de una cultura de paz y de estabilidad.

Los elementos presentados por los programas de la ONU sustentan la máxima de que combatir la violencia con más violencia, genera una mayor agresividad, por lo que para lograr una adecuada caracterización de la situación de la seguridad ciudadana en nuestra región, resulta indispensable tener en cuenta no sólo la necesidad de fortalecer a los órganos públicos encargados de hacer cumplir la ley, sino también de capacitarlos y garantizarles las condiciones mínimas para que desarrollen su labor con eficiencia e independencia, requeridas, especialmente de los jueces, que son los encargados de decidir la aplicación de la norma penal, al caso concreto, en condiciones de igualdad e imparcialidad, sin injerencias externas.

Latina. UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, p. 3. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf> Consultado el 5/4/2015, a las 11.00.

Al analizar la correspondencia, que debe existir, entre el estado de la violencia y la inseguridad ciudadana y lo que se invierte en fuerzas policiales en algunos países de Centroamérica, donde los índices de inseguridad ciudadana son significativos, se evidencia que las cifras de fuerzas policiales por cada 10,000 habitantes, al cierre del año 2011, resultaban insuficientes, con 50.01 en Panamá, 46.25 en Belice, 39.95 en el Salvador, 32.1 en Costa Rica, 28.6 en Guatemala, 22.4 en Honduras y 17.96 en Nicaragua⁴¹. Resulta evidente que los países con mayores cifras de delitos violentos, son los que más necesitados están de contar con una policía, que por su número y preparación, se encuentre en condiciones de enfrentar con la mayor efectividad posible, la guerra que le imponen las pandillas y otros grupos delictivos organizados.

Como se destaca en la bibliografía revisada, existe un criterio mayoritario en la doctrina, en la apreciación de que con fuerzas policiales y represión solamente no es posible tener éxito en el enfrentamiento a la delincuencia; pero al analizar el tema, es necesario considerar también que los índices de esclarecimiento del delito y la disminución de la impunidad, constituyen un factor muy importante en la estrategia de prevención general, porque podremos aprobar muchas leyes, tipificar delitos y agravar sanciones, pero si las fuerzas responsabilizadas con la investigación de los delitos no logran identificar y detener a sus autores, entonces estaremos construyendo un Derecho penal simbólico y los efectos esperados con la prevención general y especial, no se alcanzarán.

ROJAS AVARENA, afirma que si atacar los factores que constituyen el contexto y la base de la violencia y el crimen no se lograrán progresos en el desarrollo humano sostenible en América Latina y el Caribe. La inseguridad se transfiere con facilidad. La seguridad es interdependiente, para lo que se recomienda un abordaje comprensivo que dé cuenta de manera simultánea de diferentes políticas públicas tales como las referidas a: reformas de los sistemas de seguridad y defensa; reformulación de las políticas sociales; el desarrollo de polí-

⁴¹ MINISTERIO DE GOBERNACIÓN DE NICARAGUA, Seguridad Ciudadana en Centroamérica”, Washington DC, junio de 2012, Fuente: Comisión de Jefes de Policía de México, Centroamérica, El Caribe y Colombia, p. 11. Disponible en: http://csis.org/files/attachments/120618_Granera_Presentation_1.pdf Consultado el 29/7/2015, a las 16.00.

ticas que contribuyan a la cohesión e integración social; y un conjunto de iniciativas que permitan mejorar la gobernabilidad democrática.

Un esfuerzo de ese tipo sólo podrá ser asumido sobre la base de grandes consensos nacionales y el desarrollo de políticas de Estado. Todo ello demandará, además una importante contribución de la cooperación internacional, tanto de la ayuda oficial, como de las entidades de la sociedad civil. La cooperación para la paz es un objetivo esencial en las relaciones internacionales de la hora presente⁴².

El estudio del fenómeno de la inseguridad ciudadana no se puede limitar al análisis de su dimensión objetiva, sino que también debe considerar su dimensión subjetiva. La dimensión objetiva y la dimensión subjetiva de la seguridad son fenómenos de naturaleza diferente y, aunque su asociación es innegable, no siempre van de la mano. El malestar del ciudadano que experimenta alguna forma de inseguridad no se corresponde necesariamente con el riesgo real de victimización al que se encuentra expuesto, sino que a menudo responde a un miedo difuso que depende de múltiples factores que forman un esquema explicativo complejo⁴³.

En el denominado “triángulo norte” de Centroamérica, que integran El Salvador, Guatemala y Honduras, la confianza en las instituciones públicas se encuentra muy deteriorada y amenaza con desestabilizar las frágiles democracias de la región. Los narcotraficantes han trasladado cada vez más sus operaciones a la subregión para evadir los esfuerzos fortalecidos de la policía internacional en México, Colombia y el Caribe. La amenaza a la seguridad ha aumentado gracias a la cultura de violencia de las pandillas juveniles y como resultado de estos factores, Honduras, El Salvador y Guatemala, ocupan los primeros lugares en las tasas de homicidios intencionales registrados

⁴² ROJAS ARAVENA, Francisco, “Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano”, *Revista Pensamiento Iberoamericano* No. 2, p. 5. Disponible en: <http://www.pensamientoiberoamericano.org/xnumeros/2/pdf/pensamientolberoamericano-51.pdf> Consultado el 12/8/2015 a las 10.00.

⁴³ MURRIA, Marta y Carlos, GONZÁLEZ MURCIANO, *La seguridad ciudadana: instrumentos de análisis*, Área de Seguridad, Institutd’ Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona, Universitat, 1999, pp. 56 y ss.

en el mundo, en los últimos años⁴⁴. Los responsables de crímenes violentos raramente son llevados ante la justicia.

El estudio con un enfoque criminológico y social de los principales factores que generan la violencia, requiere explorar elementos tales como la inequidad que provoca la desigual distribución de la riqueza, los elevados índices de pobreza y de falta de oportunidades, especialmente para los jóvenes, el creciente desempleo, la urbanización y las propias debilidades de la institucionalidad democrática.

Muchas de las políticas públicas aplicadas para combatir la violencia y la criminalidad lo que hacen es reprimir el delito, atacar a la delincuencia, pero con ello no se atacan las diferentes causas que los generan. Es esencial mirar a las causas junto con las manifestaciones que posibilitan su desarrollo⁴⁵.

Otro elemento que incide significativamente en el incremento de la violencia es la proliferación de armas pequeñas, cuyo tratamiento y deficiente control, constituyen una amenaza constante a nivel internacional. Se estima que el 75% de las armas en el mundo se encuentra fuera de las manos del Estado⁴⁶. El impacto de las armas pequeñas debilita el Estado de Derecho, erosiona la democracia, desafía la paz y generan inestabilidad e incertidumbre.

En América Latina las cifras de homicidios por armas de fuego convierten a la región en una de las más peligrosas⁴⁷, y en la que mueren más personas por armas de fuego sin estar asociadas a conflictos

⁴⁴ INSTITUTO NACIONAL DEMOCRÁTICO, Programa regional de Seguridad Pública en América Central, *Seguridad ciudadana en Centroamérica, Situación política actual*, p. 1. Disponible en: <https://www.ndi.org/seguridad-ciudadana-en-centroamerica> Consultado el 26/4/2015, a las 18.00.

⁴⁵ ROJAS ARAVENA, Francisco, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), La dimensión económica e interpersonal de la violencia. Departamento de prevención del delito y la violencia, Génova, 2004, p. 18. Disponible en: <http://www.ophi.org.uk/wp-content/uploads/seguridad.pdf?79d835> Consultado el 17/4/2015, a las 11.00.

⁴⁷ *Vid*, COSTA, Gino, "La Situación de la Seguridad Ciudadana en América Latina". *Latin America Working Group. Inter-american dialogue*, 2012, p. 1. Disponible en: <http://www.keele.thedialogue.org/PublicationFiles/Gino-CostaSpanishFINAL.PDF> Consultado el 12/6/2015, a las 14.00.

armados. De las trece ciudades con mayores tasas de homicidio de este tipo en el mundo, diez de ellas corresponden a América Latina y el Caribe, situación que evidencia la existencia de una alta circulación de armas y una carencia de instrumentos efectivos de control de éstas⁴⁸.

Las armas de fuego son las armas homicidas más utilizadas, según un estudio de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). En 2012, al causar 4 de cada 10 homicidios a nivel mundial, mientras que una cuarta parte de las víctimas son asesinadas con cuchillos y objetos punzantes y poco más de un tercio muere por otros medios (como la estrangulación, envenenamiento, etc). El uso de armas de fuego es particularmente frecuente en las Américas, donde dos tercios de los homicidios se cometen con armas de fuego, mientras que los objetos afilados se utilizan con más frecuencia en Oceanía y Europa⁴⁹.

Se calcula que en América Latina existen entre 40 y 65 millones de armas de fuego, lo que explica su altísima tasa de homicidios asociados a ellas –15.5 por 100 mil habitantes –, frente a solo 7.5 en África y 3.9 en América del Norte, según datos de la “Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano 2010”. En muchos países el porcentaje de homicidios cometidos con armas de fuego supera las tres cuartas partes del total. Es el caso de Honduras (96%), El Salvador (88%), Guatemala (84%), Colombia (80%) y Brasil (76%). Las dos terceras

⁴⁸ *Vid.*, ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (CIFTA), 13 de noviembre de 1997. Esta convención ha sido ratificada por la gran mayoría de los países de las Américas, con excepción de República Dominicana, Estados Unidos y Canadá. En el caso caribeño, Surinam, San Vicente y las Granadinas, Jamaica, Guyana y Dominica tampoco la han ratificado. Disponible en: http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/Convencion_CIFTA.pdf Consultada el 5/5/2015, a las 11.30.

⁴⁹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “437.000 personas asesinadas en todo el mundo en 2012, según un nuevo estudio de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)”, p. 2. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GSH_Press_release_-_SP.pdf Consultado el 2/3/2016, a las 22.15.

partes de los homicidios fueron cometidos con armas de fuego en Paraguay, Costa Rica y Panamá⁵⁰.

Para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en 2011, los homicidios estaban asociados con cuatro factores principales. Primero, los niveles de desarrollo humano, que incluyen crecimiento económico y equidad. Países con alto nivel de desarrollo suelen tener tasas de homicidios bajas y viceversa. Segundo, el Estado de Derecho. Donde éste es fuerte las tasas de homicidios son bajas y viceversa. Varios países de América Central y del Sur que experimentaron un crecimiento de sus homicidios también vieron caer este índice. Tercero, la disponibilidad de armas de fuego, problema grave en el hemisferio, corroborado por el altísimo número de homicidios con armas de fuego (74%) frente a un promedio global del 42%. Cuarto, el tráfico ilícito de drogas y otras formas de delincuencia organizada transnacional. Los homicidios asociados a la actividad del crimen organizado en el hemisferio son cinco veces mayores que en Asia y diez veces mayores que en Europa⁵¹.

En 2011 la tasa de homicidios por cada 100 mil habitantes en el mundo fue de 8,8, según cifras de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en América Latina de 26, de acuerdo con informaciones del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), mientras que en Centroamérica⁵² Honduras encabezó la lista con 86, seguido de El Salvador, con 72, Guatemala 50, Panamá 20 y Costa Rica y Nicaragua con 12.

Chile, Cuba y Argentina son los países con las tasas de homicidios más bajas de América Latina, de acuerdo con el Informe Global de Homicidios 2013, realizado por la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (UNODC)⁵³. El informe detalla que, en 2012, la tasa de homicidios en Chile fue de e 3,1 por cada 100.000 habitantes, siendo

⁵⁰ *Vid*, COSTA, Gino, *op. cit.*, p. 1.

⁵¹ *Ídem*.

⁵² Fuente: Comisión de Jefes y Jefas de Policía de México, Centroamérica, el Caribe y Colombia, *op. cit.*, p. 21.

⁵³ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, United Nations, "Global Study on Homicide 2013", march 2014, pp. 125-127. Available in: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf Accessed 02 / 03 / 2016 at 21:00.

el país con menos asesinatos en la región. Lo sigue Cuba, con una tasa de 4,2. En tanto, Argentina tiene una tasa de 5,5 homicidios cada 100.000 habitantes.

Durante la última década los homicidios crecieron de manera sostenida en América Latina⁵⁴. Mientras que el 2000 la tasa era de 20 homicidios por 100 mil habitantes, el 2008 esa tasa llegó a 26, con un promedio de 22 para el período. En el denominado triángulo norte de América Central – Guatemala, Honduras y El Salvador –, las tasas promedio para la última década que oscilan entre 40 y 50 homicidios por 100 mil habitantes, las más altas de la región, junto con Colombia y Venezuela. En el otro extremo, un segundo grupo con tasas bajas no mayores de 12, integrado por Costa Rica (7), Nicaragua (12) y Panamá (12). El ranking de las cincuenta ciudades con mayor violencia homicida en el mundo corrobora la importancia del narcotráfico como su más importante elemento causal. En efecto, en 2010 treinta y cinco de las cincuenta ciudades fueron Latinoamericanas.

Si como afirmamos *supra*, en el 2010 en el listado de las cincuenta ciudades más violentas del mundo, treinta y cinco fueron Latinoamericanas, la cifra creció en 2014 a 43, ocho más. De las 50 ciudades del ranking, 19 se ubican en Brasil, 10 en México, 5 en Colombia, 4 en Venezuela, 4 en Estados Unidos, 3 en Sudáfrica y 2 en Honduras. Hay una ciudad de El Salvador, Guatemala y Jamaica. La abrumadora mayoría de las 50 ciudades más violentas del mundo se ubican en el continente americano (47 ciudades)⁵⁵. La lista del 2014

⁵⁴ Fuente: Comisión de Jefes y Jefas de Policía de México, *cit*, pp. 4-5.

⁵⁵ *Vid*, SEGURIDAD, JUSTICIA Y PAZ, Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, A. C. “Listado de las 50 ciudades más violentas del mundo en 2014”, pp. 3-4. Disponible en: http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/lib/Prensa/2015_01_20_seguridad_justicia_y_paz-50_ciudades_violentas_2014.pdf Consultado el 3/3/2016, a las 18.30. Las veinte más violentas son:

1. San Pedro Sula (Honduras) 171,20, 2. Caracas (Venezuela) 115,98, 3. Acapulco (México) 104,16, 4. João Pessoa (Brasil) 79,41, 5. Distrito Central (Honduras) 77,65, 6. Maceió (Brasil) 72,91, 7. Valencia (Venezuela) 71,08, 8. Fortaleza (Brasil) 66,55, 9. Cali (Colombia) 65,25, 10. São Luís (Brasil) 64,71, 11. Natal (Brasil) 63,68, 12. Ciudad Guayana (Venezuela) 62,13, 13. San Salvador (El Salvador) 61,21, 14. Ciudad del Cabo (Sudáfrica) 60,00, 15. Vitoria (Brasil) 57,00, 16. Cuiabá (Brasil) 56,46, 17. Salvador (y RMS) (Bra-

fue encabezada por San Pedro Sula, con un índice de 171.20 homicidios por cada 100.000 habitantes, seguida de Caracas con 115,98, Acapulco, 104.16, João Pessoa, en Brasil, con 79.41 y el distrito Central de Honduras, con 77,65.

Los seis criterios principales⁵⁶ para considerar la inclusión de una ciudad en este ranking son:

1. Debe ser una unidad urbana claramente definida. No puede ser un área o jurisdicción que sea parte de una ciudad ni pertenecer a un municipio (o jurisdicción equivalente) que en lugar de ser predominantemente urbano sea predominantemente rural.
2. La urbe en cuestión debe tener 300 mil o más habitantes, según fuentes oficiales.
3. Los datos sobre homicidios deben corresponder a las definiciones universalmente aceptadas de los homicidios dolosos u homicidios intencionales o muertes por agresión (con la excepción de muertes en operaciones de guerra o la muerte legalmente justificada – no en ejecuciones extrajudiciales - de agresores por parte de agentes del orden). No se incluyen cifras sobre homicidios en grado de tentativa.
4. Las cifras de homicidios deben provenir de fuentes oficiales o fuentes alternas. En cualquier caso los datos, las estimaciones y la metodología de cálculo deben ser verificables y/o replicables. En algunos casos (sobre todo de México) los datos son resultado de un conteo propio, a partir del análisis de notas periodísticas.
5. Las cifras deben corresponder al año anterior en que se difunden los resultados. Sólo de manera excepcional se pueden considerar los datos de un año anterior (los de 2013 para 2014, por ejemplo),

sil) 54,31, 18. Belém (Brasil) 53,06, 19. ST. Louis (Estados Unidos) 49,93 y 20. Teresina (Brasil) 49,49.

Del ranking 2014 salieron las siguientes ciudades que figuraron en el ranking 2013: Santa Marta (Colombia), San Juan (Puerto Rico), Maracaibo (Venezuela) y Puerto Príncipe (Haití). Esas cuatro ciudades tuvieron tasas inferiores a la de Cuernavaca (25.45 homicidios por cada 100 mil habitantes) que ocupó el lugar 50.

Al ranking de 2014 ingresaron las ciudades brasileñas de Teresina, Porto Alegre y Curitiba y la ciudad mexicana de Obregón.

⁵⁶ *Ídem*, p. 9.

ante la presunción fundada de que no hubo variación sustancial de la incidencia de homicidios.

6. Las informaciones deben ser asequibles a través de Internet.
7. Se procura, siempre que sea posible, que las ciudades incluidas sean unidades urbanas integradas y no parte de ellas, independiente de las jurisdicciones político administrativas. Sólo cuando no hay datos de las ciudades se consideran los datos del municipio o “ciudad principal” de una urbe.

Desde el año 2007, se está utilizando el denominado “**índice de paz global**” (*global peace index*) que es un indicador que mide el nivel de paz de un país o región⁵⁷, que se elabora por el Instituto para la Economía y la Paz fundado por el empresario y filántropo austriaco *Steve Killelea*, junto a un panel internacional de expertos provenientes de institutos para la paz, junto con el *Centre for Peace and Conflict Studies*, de la *Universidad de Sydney* con datos procesados por la Unidad de Inteligencia del semanario británico *The Economist*.

El informe del año 2015 sobre el Índice Global de Paz (IGP) revela un mundo cada vez más dividido, donde el impacto de la violencia en la economía global alcanzó US\$14,3 billones o 13,4 % del PIB global en el año pasado, equivalente a la suma de las economías de Brasil, Canadá, Francia, Alemania, España y el Reino Unido. Este índice se elabora anualmente en base a 23 indicadores, entre ellos la seguridad interna, la participación en conflictos y el grado de militarización. Islandia encabeza el índice como el país más pacífico del mundo, mientras que Siria es el menos pacífico y la cifra total de muertes ocasionadas por el terrorismo en 2014 se incrementó 9 % hasta llegar a un cálculo de 20.000⁵⁸.

En la actualidad casi el 1 % de la población mundial consiste en refugiados o desplazados internos, el nivel más elevado desde 1945,

⁵⁷ Los parámetros considerados en el estudio incluyen variables internos como los niveles de violencia y criminalidad, pero también externas, como el gasto militar y las guerras en las que se está participando.

⁵⁸ PR Newswire Membership, “El Índice de Paz Global 2015 revela un mundo cada vez más dividido”, Londres, junio, 2015, p. 1. Disponible en: <http://www.prnewswire.com/news-releases/el-indice-de-paz-global-2015-revela-un-mundo-cada-vez-mas-dividido-300100136.html> Consultado el 2/3/2016, a las 13.20.

y se espera que las cifras aumenten. Desde 2008 el impacto económico total de la violencia ha aumentado en US\$1,9 billones (+15,3 %). El impacto económico total dos refugiados y a los desplazados internos se ha incrementado 267 % desde 2008, y ahora equivale a US\$128 mil millones. Sin embargo, el gasto militar, los homicidios y las fuerzas policiales siguen siendo las categorías más costosas, y en conjunto son responsables del 68,3 % del costo total⁵⁹.

En relación con América Latina, el IGP 2015 revela un aumento de las tensiones y la inestabilidad interna en la región, Colombia, México y Venezuela ocupan los tres primeros lugares; mientras que Chile, en el puesto 29 de una lista de 162 territorios, seguido de Costa Rica, en el 34 y Uruguay en el 44, son los más pacíficos de la región, de acuerdo con los indicadores utilizados por el Instituto para la Economía y la Paz⁶⁰.

Por diferentes razones, incluidas la falta de recursos económicos, la desigual distribución de los existentes y también la poca voluntad política, se continúan postergando las medidas de índole económicos, para la reducción de la pobreza, que es la principal causa de los altos índices delictivos existentes en numerosos países de nuestro entorno geográfico. No basta con dotar de sofisticados medios de transporte, comunicaciones y de vigilancia electrónica a las fuerzas encargadas de mantener el orden público, para combatir a la delincuencia organizada y a los delitos de mayor impacto, cuando se carece de una estrategia científicamente elaborada para prevenir el delito y garantizar la tranquilidad de los cientos de millones de hombres y mujeres, que en todo el mundo, sufren a diario los efectos de la violencia.

⁵⁹ *Ídem.*

⁶⁰ INFOBAE, “Informe Índice Global de Paz: América Latina es más violenta”. Disponible en: <http://www.infobae.com/2015/06/17/1735820-informe-indice-global-paz-america-latina-es-mas-violenta>

Colombia ocupa el lugar 146, seguida de México en el 144 y Venezuela en el 142. Los indicadores que más afectan a Latinoamérica como región en la lista mundial son el alto número de homicidios, superior a cualquier otro lugar del mundo, así como también el nivel de corrupción y la inestabilidad y conflictos internos.

4.2. Las reformas procesales penales en América Latina

La justicia, que cuenta con recursos limitados, debe ser “racionalizada” y en este contexto, el proceso penal, no ha sido ajeno a las presiones intensas a favor del cambio, en lo que ha incidido también, la necesidad de responder a las exigencias del debido proceso, en el marco de la protección de los derechos humanos. Ahora la preocupación se ha consagrado en los instrumentos básicos para la protección internacional de los derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos. Muchas constituciones y legislaciones a nivel nacional han seguido esta tendencia, y manifiestan mayor sensibilidad y comprensión que antes por el trato adecuado de los individuos que se encuentran involucrados en un proceso penal⁶¹.

En la mayoría de los países de América Latina, los procesos de recuperación democrática experimentados a partir de la década de 1980, vinieron acompañados de reformas a los sistemas de justicia, con mucha profundidad, en un sector que se ha caracterizado por su inmutabilidad, lo que se explica por la vinculación existente entre redemocratización y reformas judiciales, como respuesta a las necesidades de un sistema de justicia que responda a las prioridades de protección de los derechos humanos en nuestra área geográfica, partiendo del derecho fundamental al debido proceso, lo que explica una atención preferente por área penal dentro de estas transformaciones. A esta demanda inicialmente concentrada en la mejora de las garantías procesales, se le uniría más adelante otra relativa a dotar al sistema de justicia criminal de mayores niveles de efectividad en el esclarecimiento y sanción de los responsables de los hechos delictivos⁶².

⁶¹ DAMASKA, Mirjan, “Aspectos globales de la Reforma del Proceso Penal”, p. 1. Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/reformas_1st_publication.pdf Consultado el 26/2/2016, a las 13.40.

⁶² VARGAS VIANCOS, Juan Enríquez, “La nueva generación de reformas procesales penales en América Latina”, Ciudad de México, junio de 2006, p. 1. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-509s.pdf> Consultado el 23/6/2015, a las 21.00. Resumiendo sus comentarios precisa que el objetivo de la reforma de la justicia penal en nuestra región fue cambiar los sistemas inquisitivos y escritos legados por nuestros colonizadores, por sistemas adversariales y orales.

Durante el siglo XX, muchos países de América Latina modificaron sus códigos originales e incluso aprobaron nuevos códigos. Sin embargo, casi ninguno de ellos cambió la estructura procesal penal inquisitiva básica. Pero esta situación cambió en la década de los noventa del pasado siglo y en la primera del siglo XXI, en los cuales catorce países latinoamericanos y un número de jurisdicciones estatales y provinciales latinoamericanas reemplazaron los códigos inquisitivos por códigos más acusatorios⁶³.

En la tabla que mostramos a continuación⁶⁴ se precisan las reformas y la fecha de entrada en vigor:

⁶³ LANGER, Máximo, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la Periferia*, Centro de Estudios de Justicia, 2007, pp. 16-17. Disponible en: http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/revolucionenprocesopenal_Langer1.pdf Consultado el 20/6/2015, a las 9.00. El autor es Profesor de Derecho, Universidad de California, Los Ángeles (UCLA); Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard; Abogado, Universidad de Buenos Aires. El trabajo fue originalmente publicado en inglés en la Revista Estadounidense de Derecho Comparado (*American Journal of Comparative Law*), Vol. 55, p. 617, 2007; y ha sido traducido al español (junto con sus citas en inglés) por su autor. Este trabajo ganó el Premio Margaret Popkin 2007 por “mejor trabajo sobre el derecho” otorgado por la Sección Derecho y Sociedad de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA, por sus siglas en inglés); y el Premio Hessel Yntema 2007 de la Sociedad Estadounidense de Derecho Comparado (*American Society of Comparative Law*) por artículo “más sobresaliente” por un doctrinario de menos de cuarenta años publicado en los últimos volúmenes de la Revista Estadounidense de Derecho Comparado.

⁶⁴ Fuente: DUCE, Mauricio, Claudio, FUENTES y Cristián, RIEGO, “La Reforma Procesal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en: *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), Abril de 2009, p. 21. Disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3325-prision-preventiva-y-reforma-procesal-penal-en-america-latina-evaluacion-y-perspectiva Consultada el 2/7/2015. Actualizado por los autores en los casos de Argentina, México, Ecuador y Venezuela.

País	Referencia normativa y fecha
Argentina*	Ley Nro.11922 - CPP de la provincia de Buenos Aires, vigente desde septiembre de 1998 // Código Procesal Penal de la Nación, Ley No. 27063, de 4 de diciembre de 2014, 1ra. Edición, Buenos Aires, Infojus, 2014
Bolivia	Ley Nro. 1970 - Código de Procedimiento Penal 1999. Entró en vigencia en el 2000
Chile	Ley Nro. 19.696, publicada el 12 de octubre de 2000 en el Diario Oficial y vigente desde diciembre del mismo año
Colombia	Ley Nro. 906 - Código de Procedimiento Penal promulgado en 2004, vigente desde el 2005
Costa Rica	Ley Nro. 7594 - Código Procesal Penal de Costa Rica, del 10 de abril de 1996, vigente desde el 1ro. de enero de 1998
Ecuador**	Código de Procedimiento Penal, Ley 000, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 360 del 13 de enero de 2000, Ley Nro. 000. RO/ Sup 360 de 13 de enero de 2000, vigente desde 2001 // Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014, vigente desde el 10 de agosto de 2014
El Salvador	Decreto Legislativo Nro. 904 de 1996, vigente desde 1998
Guatemala	Decreto Nro. 51-92 - Código Procesal Penal de 1992, que entró en vigencia en 1994
Honduras	Decreto Nro. 9-99-E, que establece el Código Procesal Penal de 1999. Entró plenamente en vigencia en 2002

* Desde 2014, Argentina cuenta con un nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Vid, DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Código Procesal Penal de la Nación, Ley No. 27063, de 4 de diciembre de 2014, 1ra. Edición, Buenos Aires, Infojus, 2014. Disponible en: http://www.infojus.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf Consultado el 26/6/2015, a las 21.15.

**Desde el 10 de agosto de 2014, rige en la República del Ecuador el Código Orgánico Integral Penal, que sustituyó la Ley Nro. 000. RO/ Sup 360 de 13 de enero de 2000. Vid, ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014. Disponible en:http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf Consultado el 29/6/2015, a las 23.15.

Tabla. Continuación

País	Referencia normativa y fecha
México***	Reforma Constitucional de 18 de junio 2008 // Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5 de febrero de 2014. Diario Oficial, miércoles 5 de marzo de 2014
Nicaragua	Ley Nro. 406 - Código Procesal Penal de 2001, vigente desde 2002
Panamá	Ley Nro. 63 - Código Procesal Penal de 2 de julio de 2008, que entró en vigencia gradual el 1 de septiembre de 2009
Paraguay	Ley Nro.1286/98-Código Procesal Penal
Perú	Decreto Supremo Nro. 005-2003-JUS, de julio de 2004, que entró en vigencia en 2006
República Dominicana	Ley Nro. 76-02 – Código Procesal Penal, de 2002, que entró en vigencia en 2004
Venezuela****	Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 5.208 Extraordinario del 23 de enero de 1998, vigente desde 1999 // Código Orgánico Procesal Penal de 2 de octubre de 2001 // Código Orgánico Procesal Penal, Decreto No. 9.042 de 12 de junio de 2012

*** Desde el 5 de febrero de 2014, el Congreso mexicano aprobó un Código Nacional de Procedimientos Penales, que está produciendo una profunda reforma en la justicia penal de ese país y actualmente se aplica un sistema de implementación progresiva, que debe concluir en junio de 2016. Vid, CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5 de febrero de 2014. Diario Oficial*, miércoles 5 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.cofepriis.gob.mx/MJ/Documents/Decretos/050314decretocodigonacionalpp.pdf> Consultado el 23/5/2015, a las 22.00.

**** Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 5.208 Extraordinario del 23 de enero de 1998. Disponible en: [https://www.icrc.org/ihl-nat/a24d1cf3344e99934125673e00508142/a1f3d8eb256cf31bc1256a37003faf98/\\$FILE/Codigo%20penal.pdf](https://www.icrc.org/ihl-nat/a24d1cf3344e99934125673e00508142/a1f3d8eb256cf31bc1256a37003faf98/$FILE/Codigo%20penal.pdf) Consultado el 24/5/2015 a las 13.00.

Fue sustituido por el Código Orgánico Procesal Penal 2 de octubre de 2001 y por el Código Orgánico Procesal Penal de 12 de junio de 2012:

- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5558 Del 14-11-2001 La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela Decreta El siguiente, Código Orgánico Procesal Penal 2 de octubre de 2001. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ven_Cod_Org_Pro_Penal.pdf Consultado el 24/5/2015 a las 13.30.
- Código Orgánico Procesal Penal, Decreto No. 9.042 de 12 de junio de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_cod_org_proc_penal.pdf Consultado el 24/5/2015 a las 14.00.

A la reforma inicial del año 1991, en el sistema federal argentino, que ha sido calificada de tímida y más bien frustrada⁶⁵, le siguieron cambios de envergadura en Guatemala⁶⁶, en 1994, Costa Rica⁶⁷ y el Salvador⁶⁸ en 1998, Venezuela⁶⁹ en 1999, Chile⁷⁰, Paraguay⁷¹ y

⁶⁵ LANGER, Máximo, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92, de 7 de diciembre de 1992. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_gtm_codigo_procesal_penal.pdf Consultado el 24/5/2015 a las 17.00.

⁶⁷ Código Procesal Penal, No.7594. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-cpp.pdf Consultado el 20/6/2015, a las 13.30.

⁶⁸ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 904, de 4 de diciembre de 1996. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicici4_slv_codigo_procesal.pdf Consultado el 16/6/2015, a las 16.15.

Sustituido por el nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo No. 733 de 22 de octubre de 2008. Disponible en: http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo-procesal-penal/archivo_documento_legislativo
Reformado por el Decreto 1010, de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, de 29 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2012/03-marzo/23-03-2012.pdf>

⁶⁹ Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 5.208 Extraordinario del 23 de enero de 1998, *cit.*

⁷⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Código Procesal Penal, Ley 19696, de 20 de septiembre de 2000. Disponible en: <http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Procesal%20Penal.pdf>

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “Código procesal penal de la República del Paraguay, Ley No. 1.286/98, de 26 de mayo de 1998, Concordado, con legislación complementaria e índice alfabético-temático. Disponible en: http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomIII.pdf Consultado el 23/6/2015, a las 14.20.

Ecuador⁷², en el 2000, Bolivia⁷³ y Nicaragua⁷⁴ en 2001, Honduras⁷⁵ en 2002, República Dominicana⁷⁶ y Perú⁷⁷ en 2004, Colombia⁷⁸ en 2005, México⁷⁹ y Argentina⁸⁰ en 2014.

⁷² ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, *cit.* El Código Orgánico Integral Penal, sustituyó al Código Procesal Penal de 2000. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp.pdf Consultado el 28/6/2015, a las 22.10.

⁷³ Código de Procedimiento Penal aprobado por la Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf Consultado el 28/6/2015, a las 23.10.

⁷⁴ ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DE NICARAGUA, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, Ley No. 406, de 13 de noviembre de 2001. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic-int-text-cpp.pdf Consultado el 14/6/2015 a las 13.20.

⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS, Nuevo Código Procesal Penal, Decreto No.9-99-E diecinueve días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. veinte de febrero del año 2002 (Artículo 447). Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/CODIGO%20PROCESAL%20PENAL.pdf> Consultado el 14/6/2015, a las 21.15.

⁷⁶ Código Procesal Penal, promulgado el 19 de julio de 2002, Santo Domingo, República Dominicana. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_rep_cod_pro_pen.pdf Consultado el 25/6/2015, a las 14.20.

⁷⁷ Decreto Legislativo No. 957, Código Procesal Penal de la República del Perú, Promulgado el 22 de julio de 2004. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf Consultado el 24/6/2015, a las 13.30.

⁷⁸ Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición, Código de Procedimiento Penal de la República de Colombia, Ley No. 96 de 31 de agosto de 2004. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html Consultada el 28/6/2015, a las 20.15.

⁷⁹ CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Código Nacional de Procedimientos Penales, *cit.*

⁸⁰ Código Procesal Penal de la Nación, n. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014, *cit.*

Las reformas para instituir el debido proceso son motivadas algunas veces, más por el deseo de evitar conflictos con los estándares legales internacionales que por el deseo de llevar a cabo un cambio real en la práctica procesal. Sin embargo, a pesar de esta tendencia, en un número cada vez mayor de estados, las reformas para garantizar el debido proceso ya no pueden ser un gesto vacío por parte del legislador: las personas cuyos derechos humanos han sido violados tienen cada vez más posibilidades de reivindicarse ante los tribunales constitucionales de sus propios países o, en algunas partes del mundo, ante tribunales internacionales⁸¹.

No resulta fácil resolver la tensión resultante y encontrar un equilibrio aceptable entre los factores pragmáticos e ideológicos. Por lo tanto, no debe sorprender que la insatisfacción con los sistemas existentes de proceso penal se encuentre en casi todas partes, tanto en países que pertenecen a la tradición angloamericana (o *common law*) como en los países que pertenecen a la tradición de Europa continental (o derecho civil). Las voces del descontento pueden incluso ser escuchadas en países como Inglaterra y Francia, cuyos procedimientos penales sirvieron de inspiración para los arquitectos de los sistemas contemporáneos de justicia penal⁸².

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), publicó en 2007 un informe de su Proyecto “Seguimiento de las Reformas Procesales Penales en América Latina”⁸³, destinado a producir infor-

⁸¹ DAMASKA, Mirjan, *op. cit.*; p. 12. El profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, Connecticut, Estados Unidos, señala como ejemplo la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo.

⁸² *Ídem.*

⁸³ Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa, 2007, Diseño e impresión: Alfabetas Artes Gráficas, Santiago de Chile, 2007, pp. 15-16. Disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3315-reformas-procesales-penales-en-america-latina-resultados-del-proyecto-de-seguimiento-iv-etapa Consultado el 14/6/2015 a las 23.00.

Los estudios desarrollados por los programas de apoyo a las reformas judiciales en América Latina han continuado desarrollándose y entre los días 13 y 24 de julio de 2015, se efectuó en Washington D.C. la tercera Versión del Programa Judicial en América Latina y Estados Unidos, por iniciativa

mación sobre los procesos de implementación de las mencionadas reformas en la región latinoamericana. Este volumen da cuenta de los estudios elaborados en el contexto de este proyecto, y en resumen destaca los particulares siguientes:

Fortalezas más significativas

- El consistente proceso de reformas a la justicia criminal que ha experimentado Latinoamérica en las últimas dos décadas ha tenido, entre otras muchas virtudes, la de introducir fuertemente las ideas de la innovación a las políticas públicas judiciales.
- No basta simplemente con la introducción ideológica del nuevo sistema, si esto no se traduce en una transformación muy concreta de las prácticas de todos los operadores, de la forma cómo ellos entienden su rol y cómo lo desarrollan cotidianamente.
- Los procesos de reforma en materia penal siguen presentando problemas debido a que el respaldo político al nuevo sistema, los recursos disponibles y la capacidad de innovación de las comunidades involucradas tienden a ser limitados en relación con los esfuerzos que programas de cambios tan amplios demandan.
- Más allá del necesario carácter progresivo de todo proceso de cambio y la necesidad de sostener las modificaciones en el tiempo como una característica ineludible de todo proceso de cambio, existe una cierta discrepancia entre los objetivos más concretos que la reforma se plantea y las capacidades de transformación que realmente cuentan los países.
- En el caso de Colombia los métodos alternativos de resolución de conflictos en el área penal, la modernización de la fiscalía, las

de la *American University Washington College of Law (WCL)* en conjunto con el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, cuyo objetivo es entregar una visión general sobre los procesos de reforma que están teniendo lugar en los sistemas judiciales de los países latinoamericanos.

El programa estuvo enfocado a actores del sistema (fiscales, jueces y defensores públicos), además de abogados, de ejercicio y especialmente a aquellos identificados con el trabajo en políticas públicas judiciales. En esta ocasión participaron actores de los sistemas de justicia de Argentina, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Panamá. (<http://www.cejamerica.org/index.php/noticias/1867-comenz%C3%B3-tercera-versi%C3%B3n-del-programa-sobre-reforma-judicial-en-am%C3%A9rica-latina-y-estados-unidos.html>)

facultades de persecución de los fiscales, el desarrollo de temas de gestión y la producción de estadísticas son aspectos que estaban presentes con bastante fuerza en el sistema colombiano varios años antes de la reforma, y han contribuido, sin duda, a darle vigor al proceso más allá de los problemas que puedan subsistir en esas mismas áreas.

- República Dominicana muestra un sólido proceso de cambio caracterizado por la búsqueda de la institucionalidad y la valoración de las experiencias comparadas. Destacan en este país los esfuerzos realizados para el fortalecimiento de la Defensoría Penal Pública, mediante la aplicación de mecanismos de gestión, especialmente dirigidos a supervisar y evaluar el desempeño de los defensores.

Debilidades más significativas

- La generalidad de los informes permite sostener que la reducción de las prisiones preventivas sigue siendo un reto de las reformas procesales penales. En todo caso, los informes nacionales y las experiencias de innovación contenidos en esta publicación llevan a concluir que el debate oral de las partes en entorno de audiencias públicas aportan a limitar el uso abusivo de la prisión preventiva.
- De acuerdo a los informes nacionales, en las experiencias de innovación en cuestión las soluciones técnicas planteadas han sido tomadas de la experiencia de otros países de la región que las han introducido en procesos de reforma posteriores a los originales. Desde ese punto de vista constituyen buenos ejemplos de aprendizaje sobre la base del intercambio de experiencias a nivel regional, pero los impulsos de cambio que se generan son limitados en su alcance y no siempre alcanzan para extender la experiencia a otras zonas de los países.

Las dificultades indicadas parecen ser expresivas de una cierta dificultad estructural de nuestros sistemas judiciales en términos de la promoción de la innovación en su interior. En los casos reportados no existen organismos que cumplan de manera sistemática la tarea de monitorear el funcionamiento del sistema y promover mejoras⁸⁴.

En la práctica, esta labor queda condicionada a iniciativas dependientes de voluntades individuales de algunos funcionarios o grupos

⁸⁴ *Ídem*, p. 21.

de ellos que asumen liderazgos, pero cuesta mucho generar decisiones institucionales estratégicas en pro de innovaciones aunque estas hayan mostrado su utilidad⁸⁵.

Prácticamente en todos los casos analizados, el proceso de reforma ha sido objeto de críticas muy fuertes desde sectores preocupados por el crimen y la inseguridad; en general estas críticas se han traducido en un alejamiento de los procesos respecto de la población, y en los peores casos, han dado lugar a intentos de reformas contrarias a los principios básicos del sistema, en algunos, con efectos importantes. Lo más problemático parece ser que los responsables de la conducción del proceso de reforma no han encontrado un discurso capaz para explicar los cambios a la población, así como tampoco uno que logre hacer que los actores institucionales se hagan cargo – en alguna medida – de las demandas ciudadanas por seguridad o eficacia⁸⁶.

Las reformas tienen muchas características en común, incluyendo la introducción de juicios orales y públicos; la introducción y/o el fortalecimiento del ministerio fiscal; y la decisión de poner al fiscal en lugar del juez a cargo de la investigación preliminar. Otros cambios incluyen dar más derechos a los imputados frente a la policía y durante la investigación preliminar; introducir el principio de discreción fiscal; permitir mecanismos de negociación y resolución alternativa de conflictos; y expandir el rol y la protección de la víctima en el proceso penal⁸⁷.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Ante esta situación, muy grave en algunos países, como Guatemala, El Salvador y Honduras, se acude a la variante más fácil, culpar a las reformas procesales de la inseguridad ciudadana y prometer mano dura contra la delincuencia, es decir combatir la violencia con más violencia y dejar de lado las políticas de prevención y de ofrecer oportunidades a los excluidos de siempre. Hasta los gobiernos de izquierda, como el de El Salvador, han rechazado, en determinados momentos, dialogar con las maras para buscar soluciones, apostando, únicamente por la violencia institucional.

⁸⁷ LANGER, Máximo, *op. cit.*, pp. 17-18. Refiere como los principales factores que incidieron en las reformas procesales penales en nuestra región, los siguientes:

- Que las transiciones a la democracia en muchos países latinoamericanos durante las décadas de 1980 y 1990, y el creciente reconocimiento de los derechos humanos comenzando en la década de 1970, contribuyó a la

En relación con la oposición a las reformas procesales penales en América Latina, coincidimos con Máximo Langer⁸⁸, en su caracterización de los principales oponentes y críticos, cuando distingue, **primero** a varios actores locales en países individuales, principalmente de la profesión y la academia legal, han defendido los códigos inquisitivos o apoyado códigos menos acusatorios, motivados principalmente por una defensa cultural o corporativa del status quo, **segundo**, a medida que el delito se ha convertido en un tema más político en los países latinoamericanos, algunos políticos locales y la policía

percepción entre actores domésticos que los estándares de debido proceso eran demasiado bajos.

- La preocupación existente, especialmente en los años noventa por las crecientes tasas delictivas. Los datos disponibles indican que las tasas delictivas en América Latina eran superiores a los de casi toda otra región en el mundo, y que se incrementaron desde los ochenta hasta mediados de los noventa.
- Esta preocupación por el delito colocó a la eficiencia del sistema de justicia penal en la agenda de muchos gobiernos latinoamericanos y abrió ventanas para políticas públicas para reformadores proponiendo la adopción de códigos acusatorios.

⁸⁸ *Ídem*, pp. 41-42. Muy interesantes resultan sus precisiones sobre los diferentes intereses de las agencias de los Estados Unidos, atendiendo al hecho de que mientras el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) considera que ellos tienen que proveer asistencia técnica relacionada con la justicia penal dado que ellos tienen la pericia para hacerlo, USAID oscila entre el interés geopolítico estadounidense de tener una América Latina más estable y el objetivo de ayudar motivado puramente por sentimientos altruistas, el DOJ oscila entre una posición realista que combate el delito latinoamericano para proteger exclusivamente los intereses estadounidenses y una posición liberal que afirma que combatir esta clase de delitos sirve los mejores intereses de no sólo los Estados Unidos sino también los países latinoamericanos. Estas diferencias se traducen en los Estados Unidos alentando distintos tipos de reformas dependiendo de qué agencia tiene más influencia sobre un proyecto en particular. Los funcionarios de la USAID tienden a ser más conscientes y respetuosos de las diferencias culturales, mientras que los funcionarios del DOJ tienden a tener menos comprensión por reformas y prácticas legales que no les son familiares, pueden tender a ser avasalladores, y quieren que las mismas herramientas que usan para combatir el delito en los Estados Unidos estén disponibles en América Latina.

han atacado algunos de los códigos –especialmente luego de que han entrado en vigencia–acusándolos de ser demasiado garantistas, **tercero** a nivel internacional, un número de funcionarios de la USAID y otras instituciones internacionales han criticado a la red⁸⁹ por poner demasiado énfasis en la aprobación de códigos acusatorios, por tener demasiada fe en el poder del derecho en cambiar la conducta humana, y por la aprobación de ciertas provisiones específicas de los códigos y **por último**, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) ha sido muy crítico de la red y la USAID.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) no se ha opuesto a reemplazar códigos inquisitivos con códigos acusatorios, pero se ha interesado menos por apoyar la aprobación de códigos totalmente nuevos, ha alentado reformas acusatorias inspiradas por el modelo estadounidense, y ha afirmado que las reformas han sido demasiado garantistas, obstaculizando sus esfuerzos por combatir el delito transnacional⁹⁰.

Por otra parte, para intentar mejorar los estándares de derechos humanos, hay muchos caminos distintos que adoptar códigos acusatorios. Muchos países podrían haber simplemente mantenido sus sistemas inquisitivos con reformas parciales a las prácticas sobre prisión preventiva y fortaleciendo los derechos de los imputados y la transformación de sus sistemas penitenciarios. No había necesidad

⁸⁹ *Vid, Ídem*, pp. 5-6. Una característica interesante, sobre la que nos llama la atención el autor es que esta particular ola de reformas procesales penales en América Latina es significativa porque presenta dos rasgos originales, que no encuadran en las categorías teóricas existentes. **Primero**, que los abogados latinoamericanos trabajaron para estas reformas al mismo tiempo como expertos y activistas sin servir a un movimiento social más amplio. Se trató de una red de expertos activistas, o, más específicamente, dado que los líderes han sido actores latinoamericanos, como una red de expertos activistas del sur y **Segundo**, que de esta ola de reformas es que la difusión de ideas en este caso difiere de los modelos presentes en la literatura existente las leyes, normas y políticas públicas normalmente se difunden del centro a la periferia - es decir, de países desarrollados a países en desarrollo, de occidente a oriente, o del norte al sur– En este sentido, la ola de reformas procesales penales latinoamericanas no es meramente un contraejemplo a los modelos existentes, sino que constituye la base para un nuevo modelo teórico.

⁹⁰ *Ídem*, p. 42.

de una renovación completa de los códigos procesales penales para permitir características acusatorias tales como audiencias orales, *plea bargaining*, o una investigación preliminar conducida por el fiscal⁹¹.

En nuestra opinión, no se trata de copiar el proceso adversarial norteamericano, ni los códigos procesales europeos, esa fue la aspiración de los principales inspiradores de las reformas Latinoamericanas, los prestigiosos juristas argentinos, Julio Maier y Alberto Binder, que en el Código Modelo y en otros códigos de la reforma procesal penal latinoamericana, se inspiraron principalmente por una lectura continental europea del término "acusatorio". Otros reformadores como César Barrientos Pellecer, de Guatemala, Jaime Granados de Colombia, que estudio en Puerto Rico y Cristián Riego, de Chile, han empujado más recientemente una lectura sustancialmente inspirada por modelos anglosajones.

De lo que se trata es de profundizar más en el estudio en la idiosincrasia de cada país, para tratar, en la medida de lo posible, de lograr la necesaria armonía entre las normas que se proponen incorporar los sistemas jurídicos y las costumbres de los pueblos, para evitar las frecuentes contrarreformas, que no siempre han estado inspiradas en políticas erradas en el enfrentamiento a la violencia, sino también en la necesidad de atender las particularidades de cada país.

4.3. La prisión preventiva

Es hasta finales del siglo XVII que la prisión fue considerada como un Centro de Custodia de Detenidos, cuya finalidad principal era garantizar la comparecencia del imputado hasta que llegara la hora del juicio, esta idea se apega a la concepción que se tiene en la actualidad de las medidas cautelares. En esta etapa no se consideraba a las cárceles como un centro de cumplimiento de pena.

Por esto, más que la preservación del imputado y de su bienestar, en tanto todavía no se le había realizado juicio oral, la prisión preventiva iba encaminada a la preservación del inculcado como si fuese un bien inmaterial, con el fin de preservarlo hasta la fecha del juicio, que siempre lo condenaría a muerte. En la colonia según referencias del Fuero Juzgo, en las leyes de Estilo y en las Partidas, las cárceles eran para contener a los hombres y no para imponerles castigo, pero

⁹¹ *Ibidem*, p. 52.

tampoco contenían en sí la finalidad con que se concibe la prisión preventiva en la actualidad. No es hasta el siglo XVII que esta toma como fin fundamental la custodia del imputado en aras del aseguramiento del mismo, con el objetivo de celebrar satisfactoriamente el juicio oral.

La prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal. Mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia⁹².

Hoy día las argumentaciones en el sentido justificar la prisión preventiva, con base en el interés de la colectividad frente al delito, proclamando que la presunción de inocencia no era sino un exceso del individualismo y de la revolución francesa, que parecían olvidados, desde finales del pasado siglo, se repiten en Latinoamérica y como solución a la inseguridad ciudadana que se presenta, se propone la extensión de la prisión preventiva, criticándose que los derechos humanos y entre ellos la presunción de inocencia, son protectores de los delincuentes y desconsideran los derechos de las víctimas. Se pretende asignarle a la prisión preventiva la función de prevención general negativa, lo mismo que la de prevención especial negativa, de modo que al hecho delictivo se llegue a imponer la prisión preventiva como forma de penalización inmediata⁹³.

Si se admite el uso de la prisión preventiva para obtener fines distintos a los estrictamente cautelares, como los que se asientan en razones de Derecho penal sustantivo u otros que versen sobre el fondo del hecho investigado, se pervierte su finalidad y naturaleza, por lo que en un Estado democrático de Derecho, no se justifica que sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la

⁹² DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Anuario de Derecho Penal*, 2008, p. 99. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2008_04.pdf Consultado el 4/9/2015, a las 22.15.

⁹³ *Vid*, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "Prisión Preventiva, *op. cit.*, pp. 161-162.

pena o impulsar el desarrollo de la instrucción. Cualquier función que no sea estrictamente procesal-cautelar es ilegítima⁹⁴.

Por esta razón, las funciones que pueden atribuirse a la prisión preventiva guardan una estrecha relación con su concepción como una medida instrumental. La prisión preventiva ha sido definida como un instrumento del instrumento porque su propósito consiste en asegurar la eficacia del proceso, que constituye a su vez, un instrumento de aplicación del derecho sustantivo. Entonces, el proceso principal es el instrumento para aplicar el derecho penal y la prisión preventiva es el medio para asegurar la eficacia de dicho proceso. Si a la prisión preventiva se le atribuyen funciones propias del Derecho penal, se afecta el derecho a la presunción de inocencia. Así, se desconoce además su índole instrumental, en tanto pierde toda naturaleza accesoria para transformarse en un fin en sí misma⁹⁵.

En América Latina, el proceso de la reforma a la justicia penal estuvo originalmente muy vinculado con el proceso de transición a la democracia que de manera muy generalizada se dio en nuestra región.

⁹⁴ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁵ *Ibidem*. Al respecto, el TC peruano ha señalado lo siguiente: [...] En la medida en que la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen. Por ello, no solo puede justificarse en la prognosis de pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad [...] [STC 0791-2002 - HC, de 21 de junio: (Caso «Riggs Brousseau»)].

En un sentido similar se expresa la STC 1260 - 2002 - HC, de 9 de julio (Caso «Domínguez Tello»): [...] La satisfacción de tal exigencia [el peligro procesal] es consustancial con la eficacia del derecho a la presunción de inocencia y con el carácter de medida cautelar, y no con la de una sanción punitiva que [no] tiene la prisión preventiva. Por ello, habiéndose justificado la detención judicial preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionalmente, la libertad individual de los recurrentes. [...]

En ese contexto, el respeto por los derechos humanos de las personas sometidas al sistema fue probablemente el tema central de las primeras reformas. A su vez, el uso generalizado de la prisión preventiva y su carácter ilimitado en el tiempo fue, probablemente, la principal crítica que se dirigió a los sistemas inquisitivos y una de las razones más poderosas para el cambio⁹⁶.

Muchas cosas han ocurrido durante estos intensos años de reforma que han cambiado el contexto en el cual se enmarcaba la prisión preventiva. Así, en la mayoría de los países la regulación de la prisión preventiva se liberalizó de manera importante, reconociéndose el conjunto de principios recogidos por la jurisprudencia internacional y comparada. De otra parte, la implementación de las reformas ha sido más dificultosa de lo esperado y en muchos países las prácticas inquisitivas han persistido bajo la nueva legislación. Por último el clima político ha tendido a cambiar fuertemente, la prioridad en los cambios procesales ha dejado de ser el respeto por los derechos individuales y su lugar lo ha tomado la demanda por una represión eficaz frente al crimen⁹⁷.

4.3.1. La prisión preventiva y los presos sin condena

Un análisis de la prisión preventiva en América Latina necesariamente debemos vincularlo con el escenario existente en las cárceles donde deben permanecer las personas a las que se le aplica esta medida cautelar y al respecto la voz autorizada del Dr. Elías Carranza⁹⁸, Criminólogo y Director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), nos dice que como caracterización general, con diferencias entre países, los sistemas penitenciarios de la región tienen desde

⁹⁶ RIEGO, Cristián y Mauricio, DUCE, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), Abril de 2009, p. 9. Disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3325-prision-preventiva-y-reforma-procesal-penal-en-america-latina-evaluacion-y-perspectiva Consultada el 2/7/2015, a las 13.40.

⁹⁷ *Ídem*, pp. 9-10.

⁹⁸ CARRANZA, Elías, "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Anuario de Derechos Humanos* 2012, Universidad de Chile, pp. 31-32. Disponible en: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723> Consultado el 28/4/2015, a las 13.00.

hace muchos años graves deficiencias, hay alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos.

Al valorar los requerimientos que deben cumplir los sistemas penitenciarios para funcionar adecuadamente, Carranza⁹⁹, precisa que deben contar con espacio físico (terreno e instalaciones adecuadas); y personal penitenciario (adecuadamente seleccionado, capacitado y con estabilidad en su función), porque si falta espacio, hay sobrepoblación y hacinamiento; y si falta personal, hay anarquía y vacío de autoridad, que es llenado por los liderazgos emergentes y el surgimiento de grupos de autodefensa. Como caracterización general de los sistemas penitenciarios, con diferencias entre países, existe una falencia generalizada en el cumplimiento de múltiples funciones establecidas en las normativas internacionales y nacionales como alimentación, salud, seguridad, visita, capacitación, trabajo, etcétera. Pero la falencia en estos dos requisitos básicos genera situaciones objetivas inevitables de violencia que impiden su cumplimiento. En situación de sobrepoblación, la salud es peor, la higiene es peor, la comida es peor, la seguridad personal tanto de las personas presas como de las personas funcionarias es peor, y así sucesivamente.

Los presos sin condena son personas privadas de libertad que se encuentran teóricamente amparadas por el principio de inocencia, pero que no obstante suelen permanecer en prisión durante muchos años. El caso de los presos y presas sin condena era y continúa en gran medida siendo dramático e irónico, por cuanto un porcentaje importante de estas personas luego de permanecer mucho tiempo en prisión terminan sobreesídas o absueltas.

Otro alto porcentaje al momento de la condena son puestas de inmediato en libertad pues han permanecido en prisión preventiva tanto o más tiempo que el que les corresponde por la sentencia. Se invierten entonces las etapas del proceso, ya que durante la instruc-

⁹⁹ *Ídem*, p. 32.

ción y el período de presunción de inocencia son encarceladas, y al momento de ser condenadas a prisión son puestas en libertad¹⁰⁰.

En 2011 los países de la región con mayores cifras de presos sin condena eran: Paraguay, 71%, Panamá, 70%, Uruguay, 66%, República Dominicana 64%, Guatemala, 53%, Honduras, 51%, Ecuador, 45%, Brasil, 44% y México, 43%¹⁰¹.

Estas cifras evidencian, por si solas, que el impacto de la reformas procesales penales en materia de prisión preventiva, no ha sido al menos el esperado, aunque las cifras anteriores a las reformas evidencian, que aunque lentamente y con los conocidos avances y retrocesos que caracterizan estos procesos en nuestra área geográfica, entre 1978 y 1992, el porcentaje promedio de personas presas sin condena en los países de América Latina era de un 94% en Paraguay, 90% en Bolivia, 83% en El Salvador, 80% en República Dominicana, 77% en Uruguay, 74% en Colombia, Venezuela y México y 71% en Perú, por solo señalar los más significativos¹⁰².

El problema fundamental de la prisión preventiva en América Latina, continúa siendo el elevado número de personas privadas de libertad sin condena, lo que en los primeros años de las reformas, se atribuía a la lentitud de los juicios. En la actualidad, las altas cifras de presos sin sentencia siguen siendo un reto que los sistemas de justicia deben atender con urgencia. Sin embargo, en más recientes análisis, el persistente aumento de la prisión provisoria puede adjudicarse no solo a la falta de celeridad procesal sino, en gran medida, a la escasa utilización por parte de los jueces de medidas alternativas a la prisión

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 13. Fuente: CARRANZA, Elías. ILANUD. 2011. Elaborado con datos penitenciarios brindados por los gobiernos de cada país. En la mayoría de los países las cifras de presos sin condena aparecen más bajas que en la realidad, al no incluirse en el cómputo las personas alojadas en delegaciones policiales, lugar donde este tipo de presos prevalece; en algunos casos la diferencia es muy grande. Las personas con condena de primera instancia con apelación pendiente se computaron como condenadas.

¹⁰² Fuente: ILANUD, "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles", CARRANZA Elías, en Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria, 2001.

y a la poca importancia que se ha dado a las formas de implementación y control, cuando estas han sido aplicadas¹⁰³.

Al analizar la aplicación de la prisión preventiva en el panorama actual de nuestra área geográfica, el profesor ZAFFARONI¹⁰⁴ afirma, con razón, que "... en verdad, lo que se designa como Derecho penal del enemigo es práctica corriente en casi todo el planeta y en especial en América Latina, donde su instrumento preferido es la prisión preventiva, usada como pena principal y casi única, dado que casi el 70% de los presos latinoamericanos se hallan en prisión cautelar y suelen agotar la pena en ella, resulta muy claro que ésta opera como una pena sin culpabilidad, anticipada a la sentencia normal.

En la prisión preventiva, aunque no siempre se quiera reconocer, estamos ante una especie de presunción de inocencia a la inversa, en lo que coincidimos con el criterio de SARRE IGUINIZ, cuando afirma que: "Al aplicar la prisión preventiva, en los hechos se está considerando culpable a un individuo mientras no se demuestre lo contrario. Por eso se le mantiene detenido durante el proceso, por si acaso fuera culpable y, además, pretendiera evadirse"¹⁰⁵.

Al referirse a la situación de la prisión preventiva en México, LEÓN ÁLVAREZ, afirma que "... la cárcel en la actualidad es duramente criticada, y no sólo porque rebasa en mucho sus propios fines, sino por su engendro, la prisión preventiva, que en poco tiempo ha llegado a ser en nuestro país y en el extranjero la principal forma de privación de libertad de una persona: existe una proporción de cuatro a uno entre los presos procesados y los que ya cumplen una pena, esto es que la prisión ya no es primordialmente una pena sino una medida de seguridad, un instrumento de prevención social consistente en la

¹⁰³ SALAZAR, Katya y ARTEAGA, Leonor, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?", *Revista de la Asociación Americana de Juristas*, Septiembre de 2010, Editada en Buenos Aires Argentina, p. 32.

¹⁰⁵ SARRE IGUINIZ, Miguel, *Las penas sustitutivas de prisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 106.

privación real de una serie de derechos (la libertad misma), sin previo juzgamiento, sin condena¹⁰⁶.

La prisión preventiva en América Latina hoy es mucho más compleja de lo que fue en el pasado. Las variables que parecen influir sobre su uso son muy diversas, pero además los diferentes países presentan problemas bien distintos. Existen países en que la liberalización legal tuvo impactos mínimos mientras que en otros han sido muy importantes. También hay enormes diferencias en cuanto al crecimiento de la población encarcelada que en algunos lugares ha sido explosiva mientras que otros siguen con índices bastante bajos. La cuestión del control de los sistemas alternativos parece ser central y es un tema nuevo que requiere ser abordado ya que en la mayoría de los casos no ha sido objeto de tratamiento sistemático¹⁰⁷.

La regulación de la prisión preventiva ha sido probablemente el tema más polémico de aquellos relevados por las reformas a la justicia criminal que ha tenido lugar en prácticamente todos los países de la región. Si miramos cuál era la situación previa a los procesos de reforma que han tenido lugar en los últimos veinticinco años podremos ver que, desde un punto de vista estrictamente legal, en la mayoría de los países existía algún tipo de régimen de aquellos que podríamos caracterizar como de inexcusabilidad, esto es, alguna regulación en que la ley establecía que las personas procesadas por delitos de gravedad mediana y alta debían –en general– permanecer en un régimen de control privativo de libertad en el tiempo necesario para la culminación del proceso o a lo menos por algún periodo importante de su desarrollo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ LEÓN ÁLVAREZ, Enrique Rafael, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, T, XLII, Números 183, 184, mayo-agosto, México, UNAM, 1992, p. 281. Tomado de: OROPEZA BARBOSA, Ana Luisa, *Prisión preventiva vs presunción de inocencia*, p. 152. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/141009/dp-prision_vs_inocencia.pdf Consultado el 12/3/2015, a las 22.00.

¹⁰⁷ RIEGO, Cristián y Mauricio, DUCE, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁸ *Vid.*, DUCE, Mauricio, Claudio, FUENTES y Cristián, RIEGO, *op. cit.*, p. 16. En efecto, la inexcusabilidad y situaciones que *ab initio* eran discrecionales, pero que si era decretada la prisión preventiva esta no podía ser modificada hasta la sentencia, fue la regla en los sistemas de justicia penal anteriores a las reformas procesales penales en la región. Por ejemplo, en el caso de Bolivia, el procedimiento penal sancionado en 1973

Con este sistema, la prisión preventiva operaba como una pena anticipada, quedando su eventual revocación a la mera posibilidad de que el juicio, al permitir una mayor participación del imputado, cambiase la convicción del tribunal, que no solo se había mantenido durante la detención y posterior procesamiento, sino que también se había traducido en la acusación¹⁰⁹.

4.3.2. Los requisitos de la prisión preventiva

Cuando nos referimos a que la prisión preventiva debe estar regida por una lógica cautelar, queremos indicar que el objetivo de esta institución del proceso penal es garantizar la realización exitosa del juicio y de sus consecuencias. Esto significa en términos prácticos que el proceso penal pueda ser llevado a cabo con expectativas razonables de obtener una respuesta de calidad, vale decir, que el proceso estará en condiciones de dar una sentencia de absolución o de condena¹¹⁰.

establecía la inexcusabilidad, en forma indeterminada para los reincidentes, habituales y profesionales. Asimismo, era procedente la libertad provisional en aquellos delitos cuya pena excedía de dos años, pero no de cuatro. Para delitos con pena superior la prisión preventiva era la única opción.

Otro ejemplo de esto es el caso de El Salvador, según el CPP de 1973, era procedente la libertad provisional en aquellos delitos cuya pena máxima no fuese superior a 3 años. En el caso de Honduras solo era permitida la excarcelabilidad en aquellos delitos que merezcan penas privativas de libertad mayores de tres años cuando el reo estuviese gravemente enfermo o que no pudiese ser atendido en la prisión.

¹⁰⁹ *Ídem*, p. 17.

¹¹⁰ *Vid*, DUCE, Mauricio, Claudio FUENTES y Cristián RIEGO, *op. cit.*, pp. 24-25. Esta lógica supone, además, que para que esta respuesta de calidad pueda darse y al mismo tiempo satisfacer los estándares del debido proceso, el sistema procesal no puede y no debe enfocar todo su aparato para obtener una confesión por parte del imputado, particularmente al existir el reconocimiento al derecho a no declarar contra sí mismo y a ser presumido y tratado como inocente.

Estas fueron las nociones que marcaron y dirigieron los esfuerzos del movimiento de reformas a la justicia penal en lo que se refiere a la regulación de la prisión preventiva en los códigos procesales penales reformados, con el objetivo explícito de alterar finalmente su uso práctico y evitar los problemas mencionados.

Respondiendo a las categorías tradicionales del Derecho procesal, los sistemas reformados, en el marco de las reformas procesales penales en América Latina, exigen para la imposición de la prisión preventiva el supuesto material o *fumus bonis iure* (humo de buen derecho). Vale decir, exigían que primero se entregara un mínimo de antecedentes respecto de la existencia de un delito y la participación del imputado en él. Estos antecedentes debían ser ponderados en base a su “seriedad” por parte del juez y solo si eran suficientes estos permitían en principio el establecimiento de la medida. La idea que se encuentra detrás de este requisito es consistente con el objetivo de cautelar la realización del juicio. Antes de decidir si de alguna forma se limitarán los derechos del imputado, primero debe existir una expectativa razonable y/o probable de que el proceso penal se realizará y solo en ese supuesto hay una expectativa a proteger¹¹¹.

Por otro lado, no solo era fundamental contar una expectativa a proteger, sino que también era necesario que existiese una necesidad de cautela o un peligro procesal digno de ser protegido. Por tanto, se regularon las causales o justificantes de su imposición bajo esta misma idea¹¹². Esto provocó que en algunos países se establecieran motivos legales nuevos para su imposición consistente con esta función¹¹³. En otros países, donde en los procesos inquisitivos ya se regulaban algunas de estas causales, ellas se mantuvieron en las nuevas versiones de los procedimientos, pero se pretendió darles una interpretación y alcance diverso, consistente con la lógica previamente indicada¹¹⁴.

¹¹¹ *Ídem*, p. 25.

¹¹² *Ibidem*, pp. 25-26.

¹¹³ En el caso de Honduras, el Decreto 189-84 que establecía el Código de Procedimiento Penal de 1985 solo disponía en su artículo 178 que para la prisión preventiva bastaba el supuesto material. Fue el Decreto 9-99-E el cual incorporó los criterios de peligro de fuga y peligro para la investigación como criterios para establecer la necesidad de cautela. Similar situación ocurre en Bolivia, en donde el antiguo artículo 194 del DL 10426 establecía que solo era necesario para la prisión preventiva el supuesto material y la reiteración de la conducta. Las causales consistentes con la lógica cautelar fueron establecidas en la Ley Nro. 1970 de 1999.

¹¹⁴ Por ejemplo el caso de Chile. *Vid.*, al respecto DUCE, Mauricio y Cristián RIEGO, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, octubre de 2007, pp. 254 y ss.

La prisión preventiva es una decisión que, pese a no constituir formalmente una condena, para el procesado equivale a una suerte de antesala de la condena¹¹⁵. Basta con comparar en cualquier legislación penal y procesal los requisitos para la aplicación de la prisión provisional con los elementos que deben tener en cuenta los tribunales para la adecuación de la sanción, para verificar de lo que se trata¹¹⁶.

¹¹⁵ PÁSARA Luis: “La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial, Análisis comparativo”, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada, Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Fundación para el debido proceso, DLPF. 2013, Washington, D.C. 20036, pp. 5. Disponible en: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf> Consultado el 22/4/2015, a las 14.00. Al respecto añade que: “Decenas de miles de personas se hallan en PP en cada país, a la espera del desenvolvimiento del juicio en el que se habrá de decidir si son culpables o no. Mientras tanto, la privación de la libertad es vivida por el ciudadano que está sometido a PP como un adelanto de una condena que aún no ha recibido y que no sabe si, en definitiva, recibirá. Entretanto, es un detenido y esta condición es singularmente severa, dadas las condiciones carcelarias de nuestros países, en las que quienes se hallan en PP ni siquiera ocupan espacios distintos de los que albergan a aquéllos que han sido condenados”.

¹¹⁶ *Vid.*, a modo de ejemplos: MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Código Penal cubano, Ley No 62 de 1987, Actualizado, Colección Jurídica, La Habana, 1999, En el apartado uno del artículo 47 se plantea: “El tribunal fija la medida de la sanción, dentro de los límites establecidos por la ley, guiándose por la conciencia jurídica socialista y teniendo en cuenta, especialmente, el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en el mismo, tanto atenuantes como agravantes, y los móviles del inculpado, así como sus antecedentes, sus características individuales, su comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y sus posibilidades de enmienda”. ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. Ley. No. 5 de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977. Disponible en: <http://legislacion.sld.cu/index.php?P=DownloadFile&Id=442> Consultada el 24/4/2015, a las 23.00. **ARTICULO 252:** “Procede la prisión provisional, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1) que conste de las actuaciones la existencia de un hecho que revista caracteres de delito;

Más que una antesala de la condena, estamos ante el anuncio de que la pena aplicable será privativa de libertad, en una época en la

2) que aparezcan motivos bastantes para suponer responsable penalmente del delito al acusado, independientemente de la extensión y calidad de la prueba que se requiere para que el Tribunal pueda formar su convicción en el acto de dictar sentencia. (El subrayado es nuestro).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Código Penal de Guatemala, Decreto No. 17-73, de cinco de julio de 1973, p. 18. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Guatemala.pdf Consultado el 24/4/2015, a las 23.30.

ARTICULO 65. El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92, de 7 de diciembre de 1992. pp. 58-59. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_gtm_codigo_procesal_penal.pdf Consultado el 22/4/2015, a las 13.00.

Artículo 259. (Prisión preventiva). Se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en él.

Artículo 261. (Casos de excepción). En delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad.

Artículo 262. (Peligro de fuga). Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

1) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

2) La pena que se espera como resultado del procedimiento. (El subrayado es nuestro).

3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.

que como ha expresado recientemente MORILLAS CUEVAS¹¹⁷, la pena, y dentro de ella la de prisión, ha sido y es el instrumento más demandado dentro del sistema penal, y uno de los más visibles del Ordenamiento jurídico en general, y, a la vez, el más utilizado por una sociedad donde parece crecer la sensación de peligro, en bastantes ocasiones de manera no constatada, hasta convertirse en una hipotética sociedad de riesgo en la que se dan impulsivas reacciones a convicciones allanadas por influencias mediáticas y por determinadas ideologías que conducen al incremento de la alarma social y la permanente exigencia de un endurecimiento de los medios de reacción penal.

Situación expansionista que parece no tener freno ni límite incluso con el acceso al poder en los más variados sistemas y gobiernos de grupos políticos de convicciones progresistas, que por su vinculación ideológica más comprometida, en teoría, con acciones sociales parecieran más comprometidos con un garantismo penal, con un derecho de la prevención, integrador socialmente y recuperador de los ciudadanos que delinquen, aplicando políticas sociales y criminales sustentadas en mecanismos alternativos que alejen, en la medida de lo posible, la comisión de delitos y el uso desmesurado de la pena.

En los principales Instrumentos jurídicos internacionales, se aprecia una tendencia a comprometer a los Estados Parte, a regular en su derecho interno, la aplicación de la prisión provisional, con carácter excepcional y por causales bien definidas, como regula el apartado 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al definir qué: “La prisión preventiva de las personas que hayan de

4) El comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y

5) La conducta anterior del imputado.

¹¹⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Universidad de Almería, España*, 2014, pp. 9-10. Disponible en: http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investidura.pdf Consultado el 5/4/2015, a las 23.00. El presente artículo corresponde a la parte científica de su discurso en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería, efectuado el 21 de marzo de 2013.

ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”¹¹⁸, mientras que en artículo 7, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), se precisa que: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho, dentro de un plazo razonable o a ser juzgada o puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”¹¹⁹.

Muy precisa y con mayor objetividad, nos parece la redacción de la regla número 6, inciso 1, de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que establecen que: “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”¹²⁰.

Hoy por hoy, a más de dos décadas de iniciadas las reformas penales y procesales en América Latina, la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional continúa generando fuertes tensiones,

¹¹⁸ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1345057820/Instrumentos%20Internacionales%20Proteccion%20DDHH.pdf Consultado el 3/9/2014, a las 23.00. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

¹¹⁹ *Ídem*, p. 83.

¹²⁰ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, p. 2. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm Consultadas el 24/4/2015 a las 17.00.

que han dado cabida a la discusión en torno a una aparente incompatibilidad entre la aplicación de los principios del Estado democrático y constitucional de Derecho, tales como la presunción de inocencia, plazo razonable del juicio, privación de la libertad como última *ratio* del sistema penal, y la necesidad de contar con políticas eficaces de seguridad ciudadana y sanción del delito¹²¹.

El Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador¹²², vigente desde el 10 de agosto de 2014, al regular las reglas generales

¹²¹ SALAZAR, Katya y ARTEAGA, Leonor, Presentación del Libro: *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Fundación para el debido proceso. DLPF. 2013. Washington, D.C. 20036, p. 1. Disponible en: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf> Consultado el 23/4/2015, a las 13.00.

¹²² *Vid.*, ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014, p. 84. Disponible en: http://escuela.funcionjudicial.gob.ec/evaluacionjudicial/coip/documentos/Codigo_Organico_Integral_Penal.pdf Consultado el 12/4/2015, a las 23.00. Los requisitos para aplicar la prisión preventiva, son regulados en el PARÁGRAFO TERCERO, del TÍTULO V, sobre Medidas cautelares y de protección, la prisión preventiva, CAPÍTULO SEGUNDO de las MEDIDAS CAUTELARES, SECCIÓN PRIMERA, “Medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada”, Artículo 534, de la forma siguiente: “Finalidad y requisitos. Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

para la aplicación de las medidas cautelares, en su artículo 519, enuncia como fines de las mismas, el proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal, garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral, evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción y garantizar la reparación integral a las víctimas.

En la legislación Argentina, el Código Procesal Penal de la Nación¹²³, de reciente aprobación, precisa en su artículo 185 que la prisión preventiva se dicta en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en el propio Código y se recalca, que no procederá la prisión provisional en los supuestos siguientes:

- a. si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional;
- b. en los delitos de acción privada;
- c. cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas.

De acuerdo con la Constitución peruana toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad¹²⁴, lo que constituye el principal límite a la prisión preventiva. Ese derecho implica que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible sea considerada inocente y tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme debidamente motivada. Es por esta razón que la legitimidad de toda tutela preventiva en el orden penal depende del contenido que se asigne a la presunción de inocencia.

¹²³ DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Código Procesal Penal de la Nación, Ley No. 27063, de 4 de diciembre de 2014, 1ra. Edición, Buenos Aires, Infojus, 2014, p. 50. Disponible en: http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf Consultado el 25/4/2015, a las 22.00.

¹²⁴ *Vid*, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993, Artículo. 2.24.e). Disponible en: <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf> Consultada el 23/6/2015, a las 23.15.

El Código Procesal Penal de la República del Perú¹²⁵, al definir los fines de lo que denomina medidas de coerción procesal, define que la restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva. Al incluir el peligro de la reincidencia delictiva, de forma expresa, convierte las medidas cautelares, en una especie de pena anticipada.

En relación con los presupuestos de la prisión preventiva¹²⁶, el artículo 268 del Código peruano, relaciona los siguientes:

¹²⁵ Decreto Legislativo No. 957, Código Procesal Penal de la República del Perú, p. 85. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf Consultado el 14/4/2015, a las 11.00.

¹²⁶ *Ídem*, pp. 85-90. El propio artículo 268, establece en su apartado dos, que "También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

El legislador peruano no dejó a la interpretación del juez las calificaciones del peligro de fuga y de obstaculización de la justicia y los definió de la forma siguiente:

Artículo 269 Peligro de fuga.- Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Artículo 270 Peligro de obstaculización.- Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:
 - a. Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
 - b. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
 - c. Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

El Código Nacional de Procedimientos Penales de México¹²⁷, aprobado recientemente, establece en su artículo 165, que la aplicación

-
1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

¹²⁷ CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5 de febrero de 2014. Diario Oficial, miércoles 5 de marzo de 2014. p. 3. Disponible en: <http://www.cofepriis.gob.mx/MJ/Documents/Decretos/050314decretocodigonaionalpp.pdf> Consultado el 23/4/2015, a las 22.00. El artículo 167, relaciona las causales por las que se aplicará la prisión preventiva, de la forma siguiente:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso

de la prisión preventiva sólo procederá por delito que merezca pena privativa de libertad y que la misma no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En El Salvador¹²⁸ el artículo 292, del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 904, 1996, establece que para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

1. Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe; y,
2. Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aun cuando la pena sea inferior, considere el juez necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

la existencia de proceso previo no dará lugar por si sola a la procedencia de la prisión preventiva.

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Finalmente relaciona los delitos del Código Penal Federal que ameritan prisión preventiva oficiosa y a continuación relaciona una larga lista de figuras.

¹²⁸ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 904, de 4 de diciembre de 1996, *cit.*

El artículo 293 regula que procederá también la detención provisional:

1. Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario, o
2. Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que inducirá a otros a realizar tales comportamientos, u otros hechos análogos; y,
3. Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles.

En los dos últimos casos deberá concurrir además el requisito número uno que señala el artículo anterior.

4. Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional.

El Código Procesal Penal del año 2000 de Bolivia¹²⁹ indica en su artículo 233 que “Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima aunque no se hubiera constituido en querrelante, cuando concurren los requisitos siguientes:

1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible
2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad

A los efectos de precisar los elementos que debe tener presente el juez o tribunal para decretar la medida cautelar, en el artículo 234, define las circunstancias que deberán concurrir para considerar, que existe peligro de fuga, como toda circunstancia que permita sostener

¹²⁹ Código de Procedimiento Penal aprobado por la Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999, *cit.*, Artículo 233.

fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia para lo cual se realizará una evaluación integral del caso concreto¹³⁰.

Por otra parte en el artículo 235, a los mismos efectos de la determinación de la medida cautelar a aplicar, precisa los elementos a considerar por el juzgador para considerar que el imputado obstaculizará la averiguación de la verdad, como toda circunstancia que permita sostener fundamentadamente, que el imputado con su comportamiento entorpecerá la averiguación de la verdad.

Para decidir acerca de su concurrencia se realizará una evaluación integral de las circunstancias relacionadas en dicho artículo¹³¹.

¹³⁰ *Ídem*, Artículo 234. Circunstancias que deberá evaluar el juez o tribunal para decidir acerca de la concurrencia del denominado peligro de fuga:

1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;
2. Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;
3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga;
4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo;
5. La actitud que el imputado adopta voluntariamente respecto a la importancia del daño resarcible;
6. El haber sido imputado por la comisión de otro hecho delictivo doloso o haber recibido condena privativa de libertad en primera instancia;
7. Habérsele aplicado alguna salida alternativa por delito doloso;
8. La existencia de actividad delictiva reiterada o anterior;
9. El pertenecer a asociaciones delictivas u organizaciones criminales;
10. Peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante; y
11. Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada, que permita sostener fundamentadamente que el imputado se encuentra en riesgo de fuga.

Esta última circunstancia, por la forma en que está redactada entra en contradicción con el principio de legalidad, por tratarse de un tipo abierto, que puede propiciar diversas arbitrariedades en la interpretación de la norma por el juez o tribunal.

¹³¹ *Ídem*, Artículo 235. Regula como elementos para determinar que el imputado, con su comportamiento va a obstaculizar la averiguación de la verdad los siguientes:

Además de las regulaciones anteriores, en el artículo 235 *bis*, se establece, que se podrán aplicar medidas cautelares incluida la detención preventiva cuando el imputado haya sido condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada si no hubieran transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años¹³².

En el Código de 1996 de Costa Rica, vigente desde el 1ro. de enero de 1998, en su artículo 238, establece que la prisión preventiva solo podrá ser acordada conforme a las disposiciones del propio Código, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley. Cuando el Ministerio Público estime que procede la prisión preventiva, solicitará al juez correspondiente que convoque a una audiencia oral, en la que se discutirá sobre la procedencia o no de esa medida. Si la persona se encontrare detenida, la solicitud de audiencia deberá pedirse dentro de las veinticuatro horas, contadas desde que el encausado se puso a la orden del juez; la audiencia deberá celebrarse dentro de las cuarenta y ocho horas y la resolución deberá ser dictada dentro de ese plazo¹³³.

-
1. Que el imputado destruya, modifique, oculte, suprima, y/o falsifique, elementos de prueba;
 2. Que el imputado influya negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos, a objeto de que informen falsamente o se comporten de manera reticente;
 3. Que el imputado influya ilegal o ilegítimamente en magistrados del Tribunal Supremo, magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, vocales, jueces técnicos, jueces ciudadanos, fiscales y/o en los funcionarios y empleados del sistema de administración de justicia;
 4. Que el imputado induzca a otros a realizar las acciones descritas en los numerales 1, 2 y 3 del presente Artículo;
 5. Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener fundadamente que el imputado, directa o indirectamente, obstaculizará la averiguación de la verdad. Como señalamos *supra*, al referirnos a los requisitos del peligro de fuga, en el inciso 5 del artículo 235 ocurre una situación similar de violación del principio de legalidad.

¹³² *Ídem*, Artículo 235 *bis*.

¹³³ Código Procesal Penal, No.7594, *cit.*, Artículo 238.

El artículo 239 del Código Procesal Penal de Costa Rica, también regula de forma similar a las leyes de procedimiento penal analizadas *supra*, los elementos que deberá tener en cuenta el tribunal para ordenar la prisión provisional, para lo que exige los requisitos siguientes:

1. Que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.
2. Que exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.
3. Que el delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.
4. Que exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no¹³⁴.

En el artículo 239 bis, se amplían las causales de la prisión preventiva, al establecer que “Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política¹³⁵. En consecuen-

¹³⁴ Adicionado el inciso anterior mediante el artículo 45 de la ley N° 8589 del 25 de abril del 2007. *Vid.* GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, Ley n° 8589, de 25 de abril de 2007, de Penalización de la violencia contra las mujeres, en: *Compilación iberoamericana de leyes contra la violencia de género*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 90-101. Disponible en: <http://www.defensesociale.org/comjib.pdf> Consultado el 26/6/2015, a las 21.18

¹³⁵ Constitución Política de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949, actualizada al 1 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.cesdepu.com/nbdp/copol.htm> Consultada el 4/6/2015, a las 16.00. Artículo 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público,

cia se regulan otras cuatro circunstancias en las que se podrá decretar la prisión preventiva¹³⁶.

La Ley procesal Costarricense tampoco ha dejado a la voluntad del tribunal los casos de peligro de fuga y obstaculización de la investigación y en sus artículos 240 y 241, precisa las circunstancias que se tendrán en cuenta para decidir acerca del peligro de fuga¹³⁷ y para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que

excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.

¹³⁶ Código Procesal Penal, No.7594, *cit.*, Artículo 239 *bis*. El referido artículo establece que el tribunal también podrá decidir la prisión preventiva, en los casos siguientes:

1. Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.
2. Que el hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos.
3. Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.
4. Se trate de delincuencia organizada.

¹³⁷ *Ídem*, Artículo 240. Peligro de fuga Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga, b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso, c) La magnitud del daño causado, d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

el imputado: a) Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba. b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos¹³⁸.

Esta técnica legislativa de otorgar diversos criterios a ponderar por parte de los jueces, permite que estos puedan resolver revisando las distintas circunstancias del caso concreto y los antecedentes de arraigo del imputado y con ello puedan justificar una decisión particular. Debe destacarse que la normativa establecida por los legisladores otorgaba en sus versiones originales la misma importancia a todos los criterios legales, por lo que el juez no tenía límites legales que lo obligasen a dar más peso a uno u otro, con la sola salvedad de la presunción de inocencia. En este sentido, la regulación cautelar confiaba en la experiencia y criterio del juez al momento de decidir, dándole suficientes parámetros para resolver el caso, pero no indicándole de manera tajante una solución particular¹³⁹.

Esta idea, de ampliar las facultades del juez o tribunal para decidir, en el caso concreto, sobre la medida cautelar aplicable, que predominó en los primeros momentos de la reforma procesal penal en nuestra área geográfica, de la mano del expansionismo y de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, en aras de garantizar la seguridad ciudadana, se fue transformando y a la idea cautelar que predominaba en un inicio se la han añadido otros ingredientes, que por lo menos han complejizado el proceso de determinación judicial de las medidas cautelares, sobre todo de la prisión preventiva.

En la tabla que mostramos a continuación, destacamos los casos más significativos, en los que la legislación procesal penal exige causales de justificación de la prisión preventiva, distintas del peligro de fuga o de obstaculización de la investigación, en las versiones originales de los nuevos Códigos Procesales Penales¹⁴⁰:

¹³⁸ *Ídem*, Artículo 240.

¹³⁹ DUCE, Mauricio, FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁰ Fuente: *Ídem*, p. 29.

País	Otras causales de justificación
Chile	Peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido. (Art. 140)
Colombia	Peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. (Arts. 310 y 311)
Costa Rica	Continuará la actividad delictiva. (Art. 239 b)
El Salvador	Circunstancias del hecho, alarma social que su comisión haya producido o frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar. Asimismo, cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que continuará cometiendo hechos punibles. (Art. 292 Nro. 2)
Honduras	Riesgo fundando que el imputado se reintegre a la organización delictiva de la que se sospecha pertenece, y utilice los medios que ella le brinde para entorpecer la investigación, facilitar la fuga de otros imputados (Art. 178 Nro. 3) y peligro de represalia contra el acusador o denunciante. (Art. 178 Nro. 4)
Panamá	Peligro para la comunidad por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes (art. 227 Nro. 3) y cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares (Art. 227 Nro. 4). (CPP de 2008)
Nicaragua	Peligro que cometa nuevos delitos o que continuará con actividad delictiva. (Art. 173 Nro. 3 c)

El factor fundamental para que la prisión preventiva respete el derecho a la presunción de inocencia radica en los fines o funciones que se le atribuyen. La prisión preventiva solo puede ser utilizada con objetivos estrictamente cautelares: asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Objetivos que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad¹⁴¹.

Como se puede apreciar en los Códigos analizados, el legislador no ha incluido entre los requisitos de la prisión preventiva su carácter

¹⁴¹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *op. cit.*, p. 100.

excepcional, lo que nos indica que el propósito de la Comunidad internacional, enunciado en la Reglas de Tokio, desde la última década del pasado siglo, como apuntamos *supra*, de que en el procedimiento penal sólo se recurra a la prisión preventiva como último recurso, no ha logrado su inclusión en las legislaciones nacionales de nuestros países, por la influencia de otros factores como el incremento de la violencia, la inseguridad ciudadana, el auge del crimen organizado y la tendencia existente al expansionismo irracional del Derecho penal.

4.3.3. La prisión preventiva y la presunción de inocencia

En muchos países de la región puede observarse un cotidiano cuestionamiento desde los medios de comunicación hacia el funcionamiento del sistema judicial, instalando nociones como las de “la puerta giratoria”¹⁴² o el “garantismo” como sinónimo de impunidad¹⁴³ o, al menos, de falta de voluntad en la aplicación oportuna de

¹⁴² PÁSARA Luis, *op. cit.*; p. 13. Señala al respecto que: “Un factor que merece especial atención es el tipo de nexo que se ha desarrollado entre la policía y determinados medios de comunicación. Es una relación poco transparente y de doble vía, en la que, de una parte, los agentes proporcionan a los periodistas determinados datos, casi siempre a cambio de que la imagen de su desempeño resulte beneficiada por los medios; y, de otra, los medios hacen suya la versión policial acerca de los hechos y los responsables. De ese vínculo de intercambio –estimulado en ocasiones por pagos a cambio de “primicias” o “exclusividades”– ha nacido la versión acerca de la llamada “puerta giratoria”, esto es, “la policía los detiene y los jueces los ponen en libertad”, que, reiterada por los medios, sugiere negligencia o corrupción en el aparato judicial y aumenta así tanto la presión sobre jueces y fiscales, para que generalicen la aplicación de la PP, como la desconfianza ciudadana sobre el funcionamiento del aparato de justicia”.

¹⁴³ En la República Dominicana, por ejemplo, desde los medios de comunicación se califica al Código Procesal Penal como la Ley protectora de los delincuentes. *Vid.* CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Código Procesal Penal, promulgado el 19 de julio de 2002, Santo Domingo, República Dominicana. Disponible en: http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_279.pdf Consultado el 29/4/2015, a las 19.00. En otros países, como Guatemala, El Salvador y Honduras, donde los llamados a la mano dura contra la delincuencia son frecuentes, ante la ola de violencia y la consiguiente inseguridad ciudadana que sacude al llamado triángulo centroamericano, también son

la ley. Estas exigencias de seguridad ciudadana provenientes de diversos sectores, generan coyunturas que propician el endurecimiento de los regímenes de la prisión preventiva, las que se evidencian con las contrarreformas específicas al régimen de medidas cautelares que se han multiplicado en los códigos de procedimiento penal en los últimos años¹⁴⁴.

Presumir la inocencia de una persona que se encuentra bajo sospecha de haber cometido una conducta delictiva, afirma MEJÍAS RODRÍGUEZ¹⁴⁵, infiere válidamente que antes que sobre su persona recaiga una sentencia condenatoria, ninguna autoridad pública puede presentarla oficialmente como culpable o brindar información a los medios de comunicación social, cuyo contenido evidencie un juicio anticipado de culpabilidad de quien, aun con el mejor de los deseos, divulga los hechos y los presuntos culpables.

Desde diferentes posiciones se afirma con razón desde la doctrina que la presunción de inocencia no puede ser valorada, solo en el marco del proceso penal, si no también fuera de él¹⁴⁶, lo que debería obligar también a los medios de comunicación y a otros actores, que desde la política y la sociedad civil y el trabajo comunitario, también intercambian ideas y criterios sobre los más disímiles asuntos, constantemente en las redes sociales; pero como todos conocemos, lamentablemente la realidad, al menos en nuestra área geográfica, es bien diferente, lo que en la práctica convierte en letra muerta numerosos acuerdos de la Comunidad internacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el apartado dos del artículo 14, establece que: “Toda persona acusada de un delito tiene

objeto de fuertes críticas las leyes penales y procesales, que son producto de la reforma penal y procesal, que con tanto esfuerzo, dedicación y más aciertos que desaciertos se realizó en la gran mayoría de nuestros países de América Latina.

¹⁴⁴ SALAZAR, Katya y Leonor ARTEAGA, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁵ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos, “La presunción de inocencia y los medios de comunicación masiva”, *La Souranità Mediática. Una riflissionetra ética, diritto ed economía*, a cura di Eugenio Raúl Zaffaroni, Mario Caterini. CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Roma, 2014, p. 177.

¹⁴⁶ *Per omnia*, CATAFORA GONZÁLEZ, Manuel. “De la Presunción al principio de inocencia”, en *Vox Juris, Revista de Derecho, Año 4, Lima, 1994*, p. 121.

derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”¹⁴⁷.

Cuando los instrumentos jurídicos internacionales, las constituciones de los países y los códigos penales y de procedimiento, se refieren a la presunción de inocencia, lo hacen de forma general y no solo referido al actuar de los operadores del sistema penal, lo que nos conduce a interpretar las referidas normas jurídicas, en el sentido de que también los medios de comunicación y otros actores sociales, están en la obligación legal de acatarlas, como se puede apreciar, entre otras regulaciones, en el referido artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, analizado *supra*, en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala¹⁴⁸, que precisa

¹⁴⁷ Vid, MEDINA CUENCA, Arnel, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, En *Instrumentos Jurídicos adoptados por la Comunidad internacional, relacionados con los principios limitativos del ius puniendi, la delincuencia organizada, el tráfico y la trata de personas*, Editorial vLex, 2014, Barcelona. pp. 115-133. Disponible en: <http://vlex.com/source/instrumentos-juridicos-adoptados-por-la-comunidad-internacional-12180>

Consultado el 23/4/2015, a las 18.00. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. En el primer apartado del propio artículo 14, se establece que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. 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 substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

¹⁴⁸ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Constitución Política de la República de Guatemala, Reformada

que toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada y en el pronunciamiento del Código Procesal Penal guatemalteco¹⁴⁹, que en su artículo 14 ordena que el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Por su parte en el artículo uno de la Ley de Procedimiento Penal cubana¹⁵⁰, se establece que se presume inocente a todo acusado mientras no se dicte fallo condenatorio contra él y en el trece del Código Nacional de Procedimientos Penales de México¹⁵¹, que declara que toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad

por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993, p.21. Disponible en: <http://www.ine.gob.gt/archivos/informacionpublica/ConstitucionPolitica dela Republica de Guatemala.pdf>

Consultada el 23/3/2015, a las 11.00. "...el artículo 14 constitucional reconoce, en su primer párrafo, el derecho fundamental de toda persona a la que se impute la comisión de hechos, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presuma su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia, y hasta en tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. Se trata, entonces, de una presunción *iuris tantum*..." Gaceta No. 47, expediente No. 1011-97, página No. 109, sentencia: 31-03-98.

"...una presunción *iuris tantum*", dirigida a garantizar al sindicato que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor..." Gaceta No. 60, expediente No. 288-00, página No. 115, sentencia 02-05.

¹⁴⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92, *cit.*, Artículo 14, p. 4.

¹⁵⁰ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Ley. No. 5 de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977, p. 1. Disponible en: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Cuba_Ley_de_Procedimiento_Penal_Texto_Completo.pdf Consultada el 2/11/2015, a las 21.15.

¹⁵¹ CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Código Nacional de Procedimientos Penales, *cit.*, p. 3.

mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en dicho Código.

Todo este panorama nos indica que más allá de las concepciones doctrinales que se han esgrimido sobre los requisitos de la prisión preventiva, hoy esta se ha convertido en una pena anticipada con una utilización ordinaria, perdiendo su carácter de excepcionalidad, lo que contraviene los principios tradicionales asentados en los apogemas de *Fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*¹⁵², estandartes para la imposición de las medidas cautelares y muy específicamente de la prisión provisional.

4.3.4. Las influencias externas en la aplicación de la prisión provisional

En nuestro entorno geográfico, en los últimos años, desde la política, tanto en el gobierno como en la oposición, los medios de comunicación y otros actores sociales, se escuchan numerosas voces, que reclaman la necesidad de combatir a la delincuencia, con más represión, mayor aplicación de la prisión provisional, sanciones más severas y una restricción de las garantías penales y procesales, al tiempo que evaden, el problema principal, que es, en nuestra opinión, la adopción de políticas de Estado, orientadas a contrarrestar eficazmente la generación social de la delincuencia, con medidas de prevención, como la creación de empleos, mayores facilidades para el estudio y otras que favorezcan el desarrollo económico y el acceso de las mayorías a una vida digna y en armonía con la sociedad.

La idea de que cuando una persona es detenida por la policía como responsable de un delito, para quien el fiscal luego ha pedido la apertura de un proceso penal y el juez ha consentido en ello, en una importante medida la ciudadanía ha “naturalizado” la detención en cárcel como la consecuencia derivada. Esta idea naturalizada es la que lleva a afirmar a jefes policiales, columnistas de opinión y políticos, “¿Por qué los jueces lo pusieron en libertad, si había sido detenido por haber cometido un delito?”. Integrada esta idea en una

¹⁵² Traducidos como “*humo de buen derecho*”, o la apreciación de buen derecho, que en el proceso penal se comprende en que un hecho investigado tenga carácter de delito y la probabilidad de que el imputado hubiese participado en su comisión.

mentalidad, no deja espacio para la presunción de inocencia que, al proclamar que nadie es culpable hasta que no haya sido así declarado en juicio, es una garantía fundamental del ciudadano en el funcionamiento del sistema de justicia¹⁵³.

Al parecer, en la percepción de determinados sectores, la presunción de inocencia concluye con la detención policial. Es suficiente con que la autoridad atribuya al detenido esta condición –que los medios aceptan como un hecho fehacientemente probado– para que la negativa judicial a usar la prisión provisional genere perplejidad, rechazo e incluso sospecha. La extendida desconfianza social existente acerca del aparato de justicia, curiosamente en estos casos, no conlleva la conjetura de que el señalamiento policial puede ser parte de un montaje que incluso busque favorecer a un tercero verdaderamente responsable del hecho delictuoso. Basta que la policía señale a alguien como culpable para que se le tenga como tal y, en consecuencia, se exija su detención¹⁵⁴.

Esa mentalidad conforma un clima social en el que deben desenvolverse los operadores del sistema de justicia. En la constitución de tal clima pesan determinados hechos, el más importante y duradero de los cuales es probablemente el crecimiento de la inseguridad ciudadana – y, sobre todo, la multiplicación de la percepción de inseguridad –, como consecuencia del incremento delictivo que padecen nuestros países¹⁵⁵.

Como nos explica con acierto el profesor ZAFFARONI¹⁵⁶, no existe ninguna presunción de inocencia antes de la sentencia, sino un mero “estado de inocencia”. En rigor trata de demostrar que si la persona está privada de libertad, no hay presunción de inocencia, pues de lo contrario no estaría presa. Es un esfuerzo para partir de un dato óptico, y desde el mismo tratar de legitimar la realidad: en lugar de reconocer que un inocente está preso, se parte de que si está preso no debe ser tan inocente.

¹⁵³ PÁSARA, Luis, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁵⁴ *Ídem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 8.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Proceso penal y Derechos humanos: códigos, principios y realidad”, *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, p. 15.

Los políticos – de gobierno y de oposición – han instalado en su discurso el tema de la inseguridad y la necesidad de combatirla mediante una mayor represión del delito, al tiempo que rehúyen afrontar la cuestión de las políticas de Estado que podrían contrarrestar eficazmente la generación social de la delincuencia. De ellos provienen las voces que, usualmente en procura de beneficiar intereses particulares, insisten en la magnitud de delito e inseguridad – en ocasiones, amplificándola – y demandan reiteradamente una aplicación rígida y severa de la ley penal, con referencias específicas a la prisión provisional, cuya imposición se busca generalizar¹⁵⁷.

Las exigencias para que se aplique extensivamente la prisión provisional y en correspondencia una política penal y penitenciaria de alta severidad, impactan con demasiada frecuencia sobre la independencia de fiscales y jueces, que tienen la función de decidir bajo una gran presión social y política¹⁵⁸.

¹⁵⁷ *Ídem*, pp. 8-9. Quien añade que las cúpulas de las instituciones del sistema de justicia con frecuencia participan activamente en la generación y el mantenimiento de ese clima. Declaraciones procedentes del presidente de la corte suprema, el fiscal general o sus voceros se incorporan en ocasiones a la perspectiva del llamado “populismo punitivo”, que muchos políticos en la región han abrazado, haciéndose eco de los reclamos de una “aplicación estricta” de la ley en la que parecería no haber lugar para otra medida cautelar que la imposición de la PP, por lo que a los operadores del sistema judicial, les es suficiente leer los diarios o ver los noticieros de televisión para quedar notificados acerca de qué es lo que las cabezas jerárquicas esperan de su desempeño en este terreno.

¹⁵⁸ Un ejemplo de hasta dónde llega la intromisión de los medios de comunicación en las decisiones judiciales en nuestros países y de las lógicas preocupaciones que causan en los encargados de impartir justicia, lo constituye, en nuestro criterio, la confesión de una prestigiosa Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de un país Latinoamericano, en un Congreso dedicado al Derecho y el procedimiento penal, celebrado en 2014, al que asistió uno de los autores, la que durante su exposición refirió que en una ocasión, en que le correspondió decidir un caso importante, que había tenido mucho impacto en el país, integrando la Sala con dos jueces jóvenes, que habían sido sus alumnos, al acordar un fallo contrario a las pretensiones de poderosos intereses de su país, uno de ellos le dijo: “profesora ojala que esta noche capturen a Bin Laden”. Y esa noche Bin Laden no fue capturado.

4.3.5. La influencia de los medios de comunicación en el incremento de la prisión provisional

La crítica constante al actuar de jueces y fiscales en los medios de comunicación, ha contribuido a crear un estado de opinión, en la población, que los responsabiliza con el estado de inseguridad ciudadana existente. Ante la pregunta: ¿Tiene Ud. una opinión favorable o desfavorable del sistema judicial colombiano? Realizada por la empresa Gallup Colombia en diciembre de 2012; sólo uno de cada cuatro encuestados (25%) respondió “favorable”, pese a que el nivel de aprobación de la justicia en ese país ha sido algo más alto en años anteriores.

En Perú, Ipsos Apoyo encontró, también en diciembre de 2012, un nivel de aprobación del Poder Judicial de 19%, porcentaje que corresponde a una tendencia estable en la opinión pública del país. La empresa encuestadora Market detectó en febrero de 2012 que sólo 21% de los entrevistados creía que la justicia ecuatoriana actúa con independencia. En mayo de 2012 la encuestadora Ipsos Mora y Araujo preguntó en Argentina ¿los jueces contribuyen mucho, algo, no contribuyen o son perjudiciales para el país? Si se suman las respuestas “No contribuyen” (39%) y “Son perjudiciales” (12%) se supera la mitad de los encuestados¹⁵⁹.

La necesidad de adoptar políticas de inclusión de los excluidos de siempre, para alejarlos del delito y darles la posibilidad de integrarse a la sociedad, que con demasiada frecuencia olvidan los mismos actores, que desde los partidos políticos y la sociedad civil, se pronuncian a favor del incremento de la prisión provisional y de las penas privativas de libertad de larga duración y con un mayor rigor

¹⁵⁹ PÁSARA, Luis, *op. cit.*, p. 9. El autor destaca además que: “Columnas y editoriales formulan alegatos que, invocando el problema de la inseguridad ciudadana, se indignan y reclaman regularmente contra una orden de comparecencia dictada por un juez en un caso que ha adquirido notoriedad pública. Pero quizá lo más importante se da en el terreno propio de la producción de la noticia: los títulos de escándalo, el sesgo dado a los hechos y a las decisiones judiciales, y la utilización de las víctimas o sus familiares para incrementar la emotividad del lector son algunos de los recursos que los medios manipulan diariamente para engrosar su audiencia al tiempo de distribuir el discurso que demanda mayor represión en el funcionamiento del sistema penal.

penitenciario, podemos apreciarla en el Resumen del Informe sobre Desarrollo Humano 2014¹⁶⁰, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que al referirse a las personas vulnerables, en un mundo vulnerable, los define como aquellos que viven en la extrema pobreza y la escasez se encuentran entre los más vulnerables. Pese a los progresos recientes en la esfera de la reducción de la pobreza, más de 2.200 millones de personas que se encuentran en situación de pobreza multidimensional o cerca de ella.

Esto significa que más del 15 % de la población mundial sigue siendo vulnerable a la pobreza multidimensional. Al mismo tiempo, casi el 80 % de la población mundial no cuenta con una protección social integral. Alrededor del 12 % (842 millones) de la población padece hambre crónica y casi la mitad de los trabajadores (más de 1500 millones) tienen empleos informales o precarios.

La idea de trabajar en la prevención como arma fundamental en este escenario, nos parece el camino más acertado. Desde la década de 1980, la noción de la prevención del delito se ha extendido y evolucionado sustancialmente, desde verse como una función de vigilancia relativamente limitada hasta una función que implica un enfoque transversal mucho más amplio, así como múltiples actores estatales y comunitarios. Esto ha reflejado un cambio más general entre los gobiernos que están lejos de asumir una responsabilidad exclusiva por la seguridad de todos sus ciudadanos, reconociendo las limitaciones de su capacidad para proporcionar dicha seguridad.

¹⁶⁰ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia, p. 2. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Summary-Spanish.pdf> Consultado el 27/4/2015, a las 23.00.

5.A modo de conclusiones

1. En la era de la globalización, al aumentar la brecha entre ricos y pobres se incrementa la conflictividad social, disminuyen las posibilidades de empleo y en general de la satisfacción de las necesidades en los habitantes de los territorios menos favorecidos por el desarrollo económico, generando un incremento significativo de los niveles de violencia e inseguridad ciudadana, que es necesario enfrentar, aplicando medidas preventivas, desde el Estado, con la participación de la sociedad civil y otros factores sociales, priorizando las de inclusión social de los excluidos de siempre y de los que se les han ido incorporando como resultado de las frecuentes crisis económicas.
2. La política de mano dura contra la delincuencia, no es la vía idónea para enfrentar la violencia y la inseguridad ciudadana, a partir del hecho de que las mismas se han caracterizado por la creación constante de nuevas figuras delictivas, la promulgación de leyes especiales y sobre todo, por la elevación de las penas privativas de libertad y del rigor en las condiciones de reclusión, que lejos de disminuir los niveles de la delincuencia, lo que han logrado es incrementar significativamente su grado de violencia y agresividad.
3. La vida de nuestros países no debe continuar dependiendo de la aprobación de leyes especiales, nuevas tipicidades delictivas, largas penas privativas de libertad, incremento del rigor penitenciario y sobre todo de la reducción de las garantías penales y procesales que con rango constitucional y afianzadas en numerosos Instrumentos jurídicos internacionales, constituyen los cimientos del Estado social y democrático de Derecho.
4. Ha quedado demostrado una vez más que combatir la violencia con más violencia, lejos de resolver el problema del incremento de la delincuencia, lo que hace es generar más violencia, sobre todo por parte de las bandas criminales.
5. La determinación de los nuevos intereses, que requieren protección, en las actuales circunstancias y si corresponde al Derecho penal o a otras ramas del ordenamiento jurídico su salvaguarda, se torna un ejercicio muy complejo, que se va a interpretar de acuerdo a los programas de los partidos políticos y las presiones de la empresa privada y la sociedad civil, por lo que resulta necesario continuar insistiendo desde la academia en la necesidad de concentrar los esfuerzos en el combate a la gran criminalidad y evitar que por razones de populismo penal se continúen incrementando innecesariamente las listas de conductas que pudiendo ser enfren-

tadas de otra manera, se conviertan constantemente en delictivas, en lugar de continuar despenalizando las que continúan en nuestras leyes penales de forma simbólica.

6. Los países Latinoamericanos carecen de recursos económicos, y también de voluntad política, para desarrollar una estrategia coherente para enfrentar el problema de la criminalidad sin excederse en la utilización del poder punitivo el Estado.
7. Las reformas penales y procesales, son producto del propio desarrollo de la sociedad, en que las condiciones de la modernidad y la incidencia de la globalización, han producido un aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sistema de justicia penal y debido a que los procesos tradicionales no fueron diseñados para funcionar en esta escala grandemente ampliada, ha surgido la necesidad de racionalizar el esquema procesal y en el caso de los pueblos latinoamericanos ha incidido también la pertinencia de proteger los derechos humanos de los imputados, en correspondencia con los estándares internacionales.
8. Las reformas procesales penales, para instituir el debido proceso no siempre estuvieron motivadas por la toma de conciencia por parte de los gobiernos nacionales de la necesidad de modernizar los procesos penales y de llevar a cabo un cambio real en la práctica procesal, sino que en ocasiones, el verdadero motivo fue evitar conflictos con los estándares legales internacionales.
9. La situación de las personas privadas de libertad que se encuentran teóricamente amparadas por el principio de inocencia, los denominados presos sin condena, constituye una asignatura pendiente en la mayoría de los países de América Latina, ya que no obstante las reformas procesales, por lo general suelen permanecer en prisión durante muchos años y un porcentaje importante de estas personas luego de permanecer mucho tiempo en prisión terminan sobreeséidas o absueltas, invirtiéndose de esta forma las etapas del proceso, ya que durante la instrucción y el período de presunción de inocencia son encarceladas, y al momento de ser condenadas a prisión son puestas en libertad.
10. En la realidad de muchos países Latinoamericanos, en la segunda década del siglo XXI, se mantiene la situación denunciada por el profesor de Zaffaroni, que el auto de prisión preventiva es en realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumple el papel de un recurso de revisión.

6. Bibliografía

Obras generales

- ACALE SÁNCHEZ, María, “Medición de la Respuesta Punitiva y Estado y Derecho. Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso”, *Monografía asociada a Revista ARANZADI de Derecho y Proceso penal*, Número 24, Pamplona, España, 2010
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué? *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. MAIER*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BARATTA Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, Compilación In memoriam, Dirección: Carlos Alberto Elbert, Coordinadora: Laura Belloqui, Editoriales Euros Editores S.R.L., Buenos Aires y B de F Ltda en Montevideo, 2004.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I, trad. de M. OSSORIO FLORIT, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1959.
- BERZOSA, Alfonso, MARTÍNEZ, Carlos, “Los efectos de la globalización y propuestas alternativas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. V, 2002. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/pjpublicaciondetallada.html&Identificador=CD0200503&dkey=5566&TableName=PJPUBLICACIONES&Criterio=colecciones>
- BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Segunda Edición, adaptada al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, 1996.
- _____ “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Salamanca, Cuenca, 2001.
- CARRANZA, Elías, Luis Paulino, MORA, Mario HUED, y Eugenio Raúl, ZAFFARONI, “El preso sin condena en América Latina y el Caribe” ILANUD, San José, Costa Rica, 1988.
- CERVINI, Raúl, “Sobre la desnaturalización dogmática de los atributos de la Persona Humana”, Disponible en: http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/cervini_desnaturalizacion-dogmatica-persona-humana.pdf

CONTRERAS MELARA, José Rogelio, *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio, Manual para el profesor de la maestría*, Centro de Estudios sobre la Enseñanza y Aprendizaje del Derecho, A.C. (CEEAD), Colección para el estudio y práctica del sistema penal acusatorio, Segunda Edición, 2015, Monterrey, Nuevo León. Disponible en: <http://www.ceed.org.mx/LiteratureRetrieve.aspx?ID=131726>

COSTA, Gino, "La Situación de la Seguridad Ciudadana en América Latina". *Latin America Working Group. Inter-american dialogue*, 2012. Disponible en: <http://www.keele.thedialogue.org/PublicationFiles/GinoCostaSpanishFINAL.PDF>

DAMASKA, Mirjan, "Aspectos globales de la Reforma del Proceso Penal". Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/reformas_1st_publication.pdf

DE LA JARA, Ernesto, *et al.*, "La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?", Instituto de Defensa Legal, 2013. Disponible en: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Libro%20Prision%20Preventiva%20Final%202013-09-13.pdf>

DUCE, Mauricio, Claudio, FUENTES y Cristián, RIEGO, "La Reforma Procesal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva", en: *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), Abril de 2009. Disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3325-prision-preventiva-y-reforma-procesal-penal-en-america-latina-evaluacion-y-perspectiva

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Sexta Edición, traducción de ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO, y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

GOITE PIERRE, Mayda, Coordinadora, *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2012.

____ GOITE PIERRE, Mayda, "De nuevo sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora desde la mirada de una sociedad de riesgo dieciséis años después", en GOITE PIERRE, Mayda, "De nuevo sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora desde la mirada de una sociedad de riesgo dieciséis años después", en *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco*. Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre, p. 297. Disponible en: <http://>

vlex.com/vid/nuevo-responsabilidad-penal-personas-577044390 y también en: <http://www.lex.uh.cu/node/44>

_____ y Arnel, MEDINA CUENCA, “El delito de lavado de activos: necesario análisis desde una dimensión plural”, en: *El lavado de dinero en el siglo XXI. Una visión desde los Instrumentos Jurídicos Internacionales, desde la doctrina y las leyes en América Latina y España*, Editorial de la Universidad de Sinaloa, México, 2015.

_____ y ALARCÓN BORGES, Ramón, “La utilización de las normas penales en blanco en el enfrentamiento a la criminalidad organizada contemporánea”, *Temas de Derecho y Proceso penal, desde una perspectiva jurídico penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*. Coordinadora: GOITE PIERRE, Mayda, Editorial vLex, 2013, Barcelona. Disponible en: <http://vlex.com/source/temas-derecho-proceso-penal-12247>

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, Ley nº 8589, de 25 de abril de 2007, de Penalización de la violencia contra las mujeres, en: *Compilación iberoamericana de leyes contra la violencia de género*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Disponible en: <http://www.defensesociale.org/comjib.pdf>

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México D. F. 1999.

JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G.-CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

JAKOBS, Günther y Manuel, CANCIO MELIA, “Derecho Penal del Enemigo”, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

MEDINA CUENCA, Arnel, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, En *Instrumentos Jurídicos adoptados por la Comunidad internacional, relacionados con los principios limitativos del ius puniendi, la delincuencia organizada, el tráfico y la trata de personas*, Editorial vLex, 2014. Barcelona. Disponible en: <http://vlex.com/source/instrumentos-juridicos-adoptados-por-la-comunidad-internacional-12180>

_____ *Comentarios al Código Penal, Concordado y actualizado, Ley No. 62 de 1987*, en *Comentarios a las leyes penales cubanas*, Editorial vLex.com, Barcelona, 2014. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344370>

MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos, “La presunción de inocencia y los medios de comunicación masiva”, *La Souranité Mediática. Una riflessione tra ética, diritto ed economia*, a cura di Eugenio Raúl

Zaffaroni, Mario Caterini, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Roma, 2014.

____ “La pena y otras consecuencias jurídicas en delitos económicos”, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2013. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/penas%20y%20consecuencias.pdf>

MENDOZA DÍAZ, Juan y Laura GONZÁLEZ CHAU, “La audiencia preliminar, una efectiva contribución al principio acusatorio en el proceso penal”, En: *Perspectiva del sistema penal acusatorio en Europa y Latinoamérica*, Coordinadores: Gonzalo Armienta Hernández y Mayda Goite Pierre, Editorial Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2012.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal*, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ma. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia. 2007.

MURRIA, Marta y Carlos, GONZÁLEZ MURCIANO, *La seguridad ciudadana: instrumentos de análisis*, Área de Seguridad, Institutd’ Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona, Universitat, 1999.

LANGER, Máximo, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la Periferia*, Centro de Estudios de Justicia, 2007. Disponible en: http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/revolucionenprocesopenal_Langer1.pdf

LARA Amat y Joan, LEÓN, “El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo”, *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, núm. 4, 2013. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/download/5462/7549>

LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I. El “ius puniendi” (la potestad unitiva)*, Editorial Universitas S.A., 1996.

OROPEZA BARBOSA, Ana Luisa, *Prisión preventiva vs presunción de inocencia*. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/141009/dp-prision_vs_inocencia.pdf

PÁSARA, Luis, “Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana”, Fundación para el Debido Proceso; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Instituto de Defensa Legal, Diseño gráfico: ULTRA designs, 2014.

____ “La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo”, *Independencia judicial insuficiente, prisión*

- preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, Fundación para el debido proceso, DLPF, 2013, Washington, D.C. 20036. Disponible en: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20indepencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía – Akal, Madrid, 2005.
- RIEGO, Cristián y Mauricio, DUCE, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), Abril de 2009. Disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3325-prision-preventiva-y-reforma-procesal-penal-en-america-latina-evaluacion-y-perspectiva
- ____ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, octubre de 2007.
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, “La prisión preventiva en un Estado de Derecho”, *Revista del Centro de Información Jurisprudencia del Poder Judicial, 2014, Costa Rica*, En: TEXTOS ESTRANGEIROS. Disponible en: <http://metajus.com.br/textos-estrangeiro/texto-estrangeiro6.html>
- SALAZAR, Katya y ARTEAGA, Leonor, *Presentación del Libro: Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Fundación para el debido proceso, DLPF, 2013, Washington, D.C. 20036. Disponible en: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20indepencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>
- SARRE IGUINIZ, Miguel, *Las penas sustitutivas de prisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.
- SAVENIJE, Win, “Definición y categorización de las pandillas. Anexo. IV. Informe. El Salvador”, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Departamento de Seguridad Pública, Washington DC, junio, 2007. Disponible en: <https://www.oas.org/dsp/documentos/pandillas/AnexoIV.El%20Salvador.pdf>
- SCHMID, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, trad. de J. M, NÚÑEZ, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Sistema penal y criminalidad internacional", en Nieto Martín (Coord.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam, vol. I, Cuenca, 2001.

____ "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, 2003. Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/terradillos-constitucionpenal.pdf

ULTRICH, Beck, La sociedad de riesgo global. traducción de Jesús Albores Rey, Madrid, Editorial Siglo XXI de España, edición de 2002. Editores SA pp. 34. Disponible en: <http://www.um.es/tic/LIBROS%20FCI-II/Beck%20Ulrich%20-%20La%20Sociedad%20Del%20Riesgo%20Global.pdf>

____ *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Editorial Paidós, 1986, pp. 25-26. Disponible en: <http://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>

VARGAS VIANCOS, Juan Enríquez, "La nueva generación de reformas procesales penales en América Latina", Ciudad de México, junio de 2006, p. 1. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-509s.pdf>

VELÁSQUEZ V, Fernando, Globalización y Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2012.

____ "Globalización y Crimen Organizado", Conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf

____ "Proceso penal y Derechos humanos: códigos, principios y realidad", *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000.

Publicaciones periódicas

ALAGIA, Eugenio y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006.

ÁLVAREZ TERÁN, Roberto, "Principio de oportunidad en delitos de corrupción pública en Bolivia. Fundamentos teóricos para su

- aplicación y políticos para su prohibición”, Boletín de la Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno, Universidad de Salamanca, Año 2011, Núm. 1, Vol. I. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/E2C0E4307DE92801052578C3006FE350/\\$FILE/14_Alvarez_BoliviaCorrupcion.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/E2C0E4307DE92801052578C3006FE350/$FILE/14_Alvarez_BoliviaCorrupcion.pdf)
- BLAUSTEIN, Eduardo, “Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación”. *Revista ZOOM*, Buenos Aires, Argentina, 2006. Disponible en: <http://revista-zoom.com.ar/articulo1324.html>
- CARRANZA, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>
- CATACORA GONZÁLEZ, Manuel. “De la Presunción al principio de inocencia”, en *Vox Juris, Revista de Derecho*, Año 4, Lima, 1994.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, “La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Penal*, 2008, p. 99. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/anuario/an_2008_04.pdf
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; “De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005.
- GALEANO, Eduardo, “El sacrificio de la justicia en los altares del orden”, Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996), *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Diciembre de 1997, Año 12, No. 14. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/index.php?page=revistas>
- GOITE PIERRE, Mayda y Arnel, MEDINA CUENCA, “Migraciones, globalización y tráfico y trata de seres humanos, analizados desde una perspectiva cubana”, *Revista Mundi Migratorios*, Vol. II, No. 2., 2014, p. 66. Disponible en: <http://www.anuarioemi.uh.cu/index.php/AC/article/view/37>
- JAVIER RUA, Ramiro, “El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador”, *Revista Crítica Penal y Poder*, No. 3. 2012, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.
- _____ “El expansionismo del Derecho penal y su expresión en el incremento de las penas en el Siglo XXI”, *Revista Cubana de Derecho* No. 38. Julio – diciembre, IV Época, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2011. Disponible en: <http://vlex.com/vid/expansionismo-penal-incremento-penas-345011750>

- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Retos y desafíos del derecho penal y la criminología en América Latina", *Revista IUS*, vol.8, no.34, Puebla jul. /dic. 2014. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472014000200002&script=sci_arttext
- MENDOZA ESCAMILLA, Viridiana, "Las 50 ciudades más violentas del mundo en 2014", *Revista Forbes*, México, 25 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.forbes.com.mx/las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo/>
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Universidad de Almería, España, 2014. Disponible en: http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrina-yJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investigacion.pdf
- ____ "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 4. 22 de abril de 2002. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html
- LARA Amat y LEÓN, Joan, "El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo", *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, núm. 4, 2013, p. 132. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/download/5462/7549>
- LEÓN ÁLVAREZ, Enrique Rafael, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, T, XLII, Números 183, 184, mayo-agosto, México, UNAM, 1992, p. 281. Tomado de: OROPEZA BARBOSA, Ana Luisa, Prisión preventiva vs presunción de inocencia. Disponible en: http://www.alfonsozambano.com/doctrina_penal/141009/dp-prision_vs_inocencia.pdf
- LIOBET RODRÍGUEZ, Javier, "Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988", *Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, No. 1, 2009. Disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/12629/11885>
- ____ "La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano", IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 24, 2009, Puebla, México. Disponible en: <http://www.re-dalyc.org/pdf/2932/293222968006.pdf>
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, "El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos", *Revista del Poder Judicial No 48 cuarto trimestre*. Madrid. 1997.

- PARMA, Carlos, El “enemigo” del Derecho Penal del Enemigo, en: *Ámbito Jurídico.com.br*. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1097
- PISARELLO, Gerardo, Globalización, Constitucionalismo y Derecho, en: Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (Compiladores), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, México, 2001.
- RIEGO, Cristián y Mauricio, DUCE, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), Abril de 2009. Disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3325-prision-preventiva-y-reforma-procesal-penal-en-america-latina-evaluacion-y-perspectiva
- RIVERO EVÍA, Jorge, “¿Aseguramiento o garantismo? El Derecho penal del enemigo en la Constitución Mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, pp. 254-255. Disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/27/14%20%C2%BFaseguramiento_Revista%20Judicatura.pdf
- ____ “El Derecho Penal del enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?”. Disponible en: <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/derechopenal.pdf>
- ROJAS ARAVENA, Francisco, “Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano”, *Revista Pensamiento Iberoamericano* No. 2. Disponible en: <http://www.pensamientoiberoamericano.org/xnumeros/2/pdf/pensamientoIberoamericano-51.pdf>
- ROXIN, Claus, “¿Tiene futuro el Derecho Penal?”, *Revista del Poder Judicial*, 3ra época, No. 49, Editor: Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- JAVIER RUA, Ramiro, “El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador”, *Revista Crítica Penal y Poder*, No. 3. 2012. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, p. 61. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/3480/6726>
- SANZ MULAS, Nieves, “De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de Günther Jakobs, El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.14, 2012 p. 10. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?”, *Revista de la Asociación Americana de Juristas*, Septiembre de 2010, Editada en Buenos Aires Argentina.

Documentos de Organismos Nacionales e Internacionales

Bancos Centrales y Contraloría General de República de Panamá, “Informe Crimen y Violencia en Centroamérica”, Banco Mundial 2011. Disponible en: http://csis.org/files/attachments/120618_Granera_Presentation_1.pdf

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa, 2007, Diseño e impresión: Alfabetas Artes Gráficas, Santiago de Chile, 2007. Disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3315-reformas-procesales-penales-en-america-latina-resultados-del-proyecto-de-seguimiento-iv-etapa

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Documentos Oficiales del Consejo Económico y social, 2013, Suplemento No. 10A (E/2013/30/Add.1). Disponible en: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.1_2014/Draft_Resolution_II_S.pdf

INSTITUTO NACIONAL DEMOCRÁTICO, Programa regional de Seguridad Pública en América Central, *Seguridad ciudadana en Centroamérica, Situación política actual*. Disponible en: <https://www.ndi.org/seguridad-ciudadana-en-centroamerica>

MINISTERIO DE GOBERNACIÓN DE NICARAGUA, Seguridad Ciudadana en Centroamérica”, Washington DC, junio de 2012, Fuente: Comisión de Jefes de Policía de México, Centroamérica, El Caribe y Colombia. Disponible en: http://csis.org/files/attachments/120618_Granera_Presentation_1.pdf

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (CIFTA), 13 de noviembre de 1997. Disponible en: http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/Convencion_CIFTA.pdf Consultada el 5/5/2015

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “437.000 personas asesinadas en todo el mundo en 2012, según un nuevo estudio de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)”. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GSH_Press_release_-_SP.pdf

- ____ “Estudio mundial sobre el homicidio 2013”, Resumen Ejecutivo, p. 7. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum_spanish.pdf
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, United Nations, “Global Study on Homicide 2013”, march 2014, pp. 125-127. Available in: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), La dimensión económica e interpersonal de la violencia. Departamento de prevención del delito y la violencia, Génova, 2004, p. 18. Disponible en: <http://www.ophi.org.uk/wp-content/uploads/seguridad.pdf?79d835>
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe Sobre Desarrollo Humano 2013. El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso*, UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, 2013. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2013GlobalHDR/Spanish/HDR2013%20Report%20Spanish.pdf>
- ____ Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>
- ____ Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Summary-Spanish.pdf>
- ____ Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014, Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>
- ____ Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, p. 3. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>
- ____ Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Summary-Spanish.pdf>

____ Panorama general. Informe sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_overview_-_es.pdf

SEGURIDAD, JUSTICIA Y PAZ, Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, A. C. “Listado de las 50 ciudades más violentas del mundo en 2014”. Disponible en: http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/lib/Prensa/2015_01_20_seguridad_justicia_y_paz-50_ciudades_violentas_2014.pdf

Fuentes Legales Internacionales y Regionales

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)”, En: *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica, p. 32. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1345057820/Instrumentos%20Internacionales%20Proteccion%20DDHH.pdf

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS para los Derechos Humanos, “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)”, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm

MEDINA CUENCA, Arnel, *Instrumentos Jurídicos adoptados por la Comunidad internacional, relacionados con los principios limitativos del ius puniendi*, la delincuencia organizada, el tráfico y la trata de personas, Editorial vLex, 2014, Barcelona. Disponible en: <http://vlex.com/source/instrumentos-juridicos-adoptados-por-la-comunidad-internacional-12180>

NACIONES UNIDAS, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, Nueva York. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

____ CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, Nueva York, 2004, p. 8. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

____ CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, NACIONES UNIDAS, Nueva York, 2004. Disponible en: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Fuentes Nacionales

Argentina

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Código Procesal Penal de la Nación, Ley No. 27063, de 4 de diciembre de 2014, 1ra. Edición, Buenos Aires, Infojus, 2014. Disponible en: http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf

Cuba

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.3, de 31 de enero de 2003. Disponible en: http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=1418&Itemid=84

____ Ley. No. 5 de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977. Disponible en: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Cuba_Ley_de_Procedimiento_Penal_Texto_Completo.pdf

CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Decreto-Ley No. 310. Gaceta Oficial de la República de Cuba. No.18. Extraordinaria de 25 de junio de 2013. Disponible en: http://www.gacetaoficial.cu/pdf/GO_X_018_2013.rar

____ Decreto-Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013, Modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo, Gaceta Oficial Extraordinaria No.44 de 19 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.gacetaoficial.cu/pdf/GO_X_044_2013.rar

MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Código Penal cubano, Ley No 62 de 1987, Actualizado, Colección Jurídica, La Habana, 1999.

MEDINA CUENCA, Arnel, "Comentarios al Código Penal. Concordado y actualizado. Ley No. 62 de 1987", En: *Comentarios a las leyes penales cubanas*, Editorial vLex.com, Barcelona, 2014, p. 3-199. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344378>

RIVERO GARCÍA, Danilo y María Caridad, BERTOT YERO, *Código Penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.

Chile

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Código Procesal Penal, Ley 19696, de 20 de septiembre de 2000. Disponible en: <http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Procesal%20Penal.pdf>

Colombia

Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición, Código de Procedimiento Penal de la República de Colombia, Ley No. 96 de 31 de agosto de 2004. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html

Ecuador

ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014. Disponible en: http://escuela.funcionjudicial.gob.ec/evaluacionjudicial/coip/documentos/Codigo_Organico_Integral_Penal.pdf

Código Procesal Penal de 2000. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp.pdf

Código de Procedimiento Penal aprobado por la Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf

El Salvador

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 904, de 4 de diciembre de 1996. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicici4_slv_codigo_procesal.pdf

____ Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo No. 733 de 22 de octubre de 2008. Disponible en: http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo-procesal-penal/archivo_documento_legislativo

Guatemala

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Constitución Política de la República de Guatemala, Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993. Disponible en: <http://www.ine.gob.gt/archivos/informacionpublica/ConstitucionPolitica dela Republica de Guatemala.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73, de cinco de julio de 1973. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Guatemala.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92, de 7 de diciembre de 1992. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_gtm_codigo_procesal_penal.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, Decreto No. 97 – 96. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0145> .

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto No. 14-2005 Reforma el artículo 194 del Código Penal. Trata de personas”. Disponible en: <http://www.hsph.harvard.edu/population/.../guatemala.traf.05.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Ley de Armas y Municiones, Decreto No. 15-2009. Disponible en: <http://guatemala.eregulations.org/media/Ley%20de%20Armas%20y%20Municiones.pdf>

Honduras

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS, Nuevo Código Procesal Penal, Decreto No.9-99-E diecinueve días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. veinte de febrero del año 2002 (Artículo 447). Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/CODIGO%20PROCESAL%20PENAL.pdf>

México

CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5 de febrero de 2014. Diario Oficial, miércoles 5 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.cofepris.gob.mx/MJ/Documents/Decretos/050314decretocodigonacionalpp.pdf>

Nicaragua

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DE NICARAGUA, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, Ley No. 406, de 13 de noviembre de 2001. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic-int-text-cpp.pdf

Paraguay

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, "Código procesal penal de la República del Paraguay, Ley No. 1.286/98, de 26 de mayo de 1998, Concordado, con legislación complementaria e índice alfabético-temático. Disponible en: http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf

Perú

Decreto Legislativo No. 957, Código Procesal Penal de la República del Perú. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf

República Dominicana

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Código Procesal Penal, promulgado el 19 de julio de 2002, Santo Domingo, República Dominicana. Disponible en: http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_279.pdf

República Bolivariana de Venezuela

Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo No. 733 de 22 de octubre de 2008. Disponible en: http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo-procesal-penal/archivo_documento_legislativo

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5558, del 14-11-2001 La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela Decreta El siguiente, Código Orgánico Procesal Penal, 2 de octubre de 2001. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ven_Cod_Org_Pro_Penal.pdf

Código Orgánico Procesal Penal, Decreto No. 9.042 de 12 de junio de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_cod_org_proc_penal.pdf

La justicia penal y su transición al sistema acusatorio en México

DRA. YESENIA GUADALUPE CRESPO GÓMEZ*

Sumario

1. Del sistema inquisitivo al sistema acusatorio en México
2. La reforma constitucional de 2011 sobre derechos humanos y la obligatoriedad del Estado Mexicano en el plano internacional
3. El debido proceso y su importancia en la reforma de justicia penal mexicana
4. Unificación procesal en México: la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales
5. Bibliografía

1. Del sistema inquisitivo al sistema acusatorio en México

Los últimos diez años se han gestado innumerables cambios en el sistema jurídico mexicano, por mencionar algunas áreas, tenemos el derecho constitucional, penal, fiscal, familiar, civil, derechos humanos y; por supuesto, con ello vienen aparejados una serie de retos y nuevas perspectivas encaminadas a transformar las políticas públicas

* Profesora investigadora de Tiempo Completo en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, de la Universidad Juárez Autónoma del Estado de Tabasco, miembro del Sistema Nacional de Investigadores y del Sistema Estatal del Estado; obtuvo el reconocimiento al perfil deseable PRODEP; también se desempeñó como Juez de ejecución de sanciones penales y juez especializado en ejecución de medidas legales en el sistema acusatorio para el Estado de Tabasco. yesecres@hotmail.com

y criminológicas en el país, lo que implica una verdadera transformación de fondo que incide en la cultura jurídica y las instituciones que tradicionalmente han existido.

A este respecto nos referiremos particularmente a la transición que se está dando en el sistema de justicia penal; cambio que se inició formalmente con la reforma constitucional que fue publicada mediante decreto en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008¹ y que modificó diversas disposiciones relativas al proceso penal, para orquestar un cambio de raíz en el sistema tradicional operante, que se programó desaparecerá de forma gradual, tal y como ha entrado a operar el nuevo sistema de corte acusatorio y oral.

En principio debemos analizar aunque sea brevemente el denominado sistema tradicional, que siendo más o menos precisos, consiste en un sistema mixto con tendencia inquisitiva, y que con independencia de las deficiencias que lo caracterizan, tampoco debemos desestimar del todo la utilidad que por muchos años brindó.

El procedimiento penal tradicional inicia con la correspondiente denuncia o querrela que origina la averiguación previa, en la cual el agente del Ministerio Público, con auxilio de la policía², se abocará a realizar las investigaciones que sean indispensables para obtener las pruebas que le permitan acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de que la persona que es señalada como indiciado o acusado, cometió la conducta delictiva; en caso de no poder acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el agente del Ministerio Público estaría imposibilitado para ejercer acción penal. Ahora bien, en caso de ejercitar acción penal, el indiciado será puesto a disposición del órgano jurisdiccional para dar inicio a la instrucción.

¹ "Constitución Política Concordada", Compilación de amparo y penal federal, México, 34° ed., Carro editorial, 2012.

² Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este orden de ideas, los actos procedimentales que integran la averiguación previa son³:

1. La noticia del delito que puede obtenerse de tres formas: a) detención flagrante o urgente; b) denuncia; c) querrela y; d) la delación.
2. La fase investigadora en donde el agente del Ministerio Público, recaba las pruebas necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado. Dentro de estas pruebas podemos señalar confesional, dictámenes periciales, reconstrucciones y fe de hecho, (en este sistema el agente del ministerios público se encuentra dotado de fe de actuaciones) careos, etc.
3. En caso de reunir los elementos necesarios, el agente del Ministerio Público, procede a determinar la consignación del inculpado dentro del término de 48 horas si existe detenido o una vez integrada la consignación en caso de no existir, en cuyo caso procederá la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia según sea el caso. Este acto constituye en sí, el ejercicio de la acción penal (también tiene facultades para reservar la averiguación previa o para decretar el no ejercicio de la acción penal).

La interpretación emitida por el Poder Judicial Federal respecto de la diferencia entre la averiguación previa y la carpeta de investigación, resulta bastante didáctica, por lo que se enuncia a continuación:

SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SUS DIFERENCIAS CON EL PROCESO PENAL MIXTO EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN.

Si bien el proceso penal mixto y el acusatorio y oral requieren para su articulación de la investigación preliminar del hecho respecto del cual se solicitará la aplicación de la ley, en el proceso penal mixto, la averiguación previa es la fase en la que se recopilan los elementos de prueba que permiten sostener la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, por lo que la tarea investigadora debe ser más estricta. En cambio, en el sistema procesal penal acusatorio y oral, la integración de la carpeta de investigación no requiere de una tarea investigadora reforzada, pues sólo debe contener elementos suficientes para

³ ADATO GREEN, Victoria, "Derechos de los detenidos y sujetos a proceso", Cámara de Diputados, LVIII legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 5.

justificar, racionalmente, que el imputado sea presentado ante el Juez de Garantía. Así, la diferencia sustancial en lo que respecta a los elementos que debe contener una averiguación previa, en relación con los datos de prueba contenidos en una carpeta de investigación, consistente en el nivel de reforzamiento de los elementos probatorios arrojados para establecer las razones que permiten presumir la existencia de un hecho delictivo, siendo que los datos derivados de la averiguación previa, por el especial reforzamiento que deben respetar, hacen altamente probable tanto la comisión del delito, como la participación del imputado⁴.

Como se puede apreciar el agente del Ministerio Público en el sistema tradicional, debe comprobar los elementos del cuerpo del delito (elementos que integran el tipo penal: objetivos, normativos y subjetivos en caso de que la norma los contemple) así como la probable responsabilidad de indiciado; lo que marca estándares probatorios altos ya desde esta etapa y una diligencia tal en la integración de la investigación que muchas veces no se concretó. Y esto, no debe entenderse de forma tal que suponga pensar que, en la integración de la carpeta no deben acreditarse ciertos elementos, porque no resulta así, pues deben existir razones o elementos suficientes para justificar que el imputado cometió o participó en el hecho y que este reviste carácter de delictuoso.

Pero continuando con la breve referencia al sistema tradicional, posterior a la integración de la averiguación previa, y realizada la consignación ante el juez, se inicia la denominada etapa de instrucción. Los actos procesales que se desarrollan durante esta son:

1. La primera etapa (también denominada pre instrucción) inicia con el auto de radicación, seguido de la toma de declaración preparatoria del detenido y concluye con el auto que resuelve la situación jurídica del imputado (auto de término constitucional que puede

⁴ Amparo en revisión 216/2013. 12 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. Esta tesis se publicó el viernes 11 de julio de 2014 a las 8:25 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Decima época, Primera Sala, Materia: Penal, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 168.

- dictarse en tres sentidos: auto de libertad por falta de elementos para procesar, auto de formal prisión y auto de sujeción a proceso; estos dos últimos tienen como efecto, fijar la litis, identificar al procesado en el sistema administrativo y aperturar el procedimiento sumario u ordinario según corresponda) el cual deberá dictarse en un plazo de 72 horas, o bien la duplicidad del mismo, a petición del inculcado o su defensor, el cual utilizan para aportar y desahogar pruebas que consideren determinantes para resolver su situación jurídica, mismo que se dicta mediante auto en cuyo caso podrá ser impugnado por cualquiera de las partes en el proceso, ya sea mediante apelación o recurriendo al juicio de amparo.
2. La segunda etapa de la instrucción inicia a partir del día siguiente en que es notificado el auto de formal prisión o sujeción a proceso, y es el momento procesal en que se ofrecen, admiten y desahogan las pruebas de las partes en el juicio; y concluye con el auto que declara cerrada la averiguación.
 3. La tercera etapa de la instrucción se integra por el periodo que transcurre entre el auto que declara agotada la averiguación y el auto que declara cerrada la instrucción.
 4. La cuarta etapa ya relativa propiamente al juicio, es en donde el agente del Ministerio Público detalla su acusación en las conclusiones que presenta, el acusado su defensa y el juez declara el derecho al resolver en sentencia, pronunciándose, respecto del delito que el agente del Ministerio público acusa, así como de la reparación de daño si resulta procedente y de la pena. Resolución que también es impugnado.

El sistema tradicional mexicano es preponderantemente inquisitivo, en donde prevalece la escritura, aunado a que la justicia está lejos de ser pronta y expedita debido a la dilación que existe en los procesos y la carga de trabajo en las agencias y juzgados; también nos enfrentamos a una realidad compleja en donde hay un descrédito en las autoridades encargadas de la administración e impartición de justicia. A decir de Constantino Rivera⁵, la averiguación previa, se ha convertido en un juicio que se repite ante los órganos jurisdiccionales.

⁵ CONSTANTINO RIVERA, Camilo, "Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio (juicios orales)", 5° ed., Flores editores, México, 2012, p. 1.

Razones suficientes para justificar que el sistema de justicia penal atraviese una transformación de fondo hacia un sistema mixto pero de corte acusatorio; buscando cambiar la cultura jurídica del país y resolver la problemática en la impartición de justicia. Sin embargo, debemos tener presente que no basta con un cambio de sistemas para resolver todos los problemas que aquejan en la procuración e impartición de justicia, ya que el nuevo sistema no puede visualizarse como la panacea que todo resuelve, y los retos a afrontar son varios empezando con los esquemas de capacitación de quienes ya lo operan y quienes en breve lo operaran, las instalaciones adecuadas para todos los estados, incluidos los municipios; sin concentrar las operaciones solo en las ciudades principales, descuidando los municipios o comunidades.

Otro de los aspectos a observar es la constante modificación normativa que se presenta, si bien es cierto el derecho es dinámico y constante, las reformas deben obedecer a la realidad social y a las políticas públicas que se fijan para combatir y afrontar los fenómenos delictivos y su evidente procesamiento; por ello se requieren verdaderos estudios científicos en el área del derecho, que analicen la realidad y que busquen soluciones a los problemas que se enfrentan en este cambio de sistemas, porque no basta con reformar las normas, el verdadero reto es concretarlas en la realidad jurídica mexicana y que cumplan con los objetivos para los cuales fueron diseñados. Lo anterior, es de vital importancia e incluso urgencia, ya que a siete años de gestada la reforma, todavía existe un desconocimiento del sistema e incluso resistencia a su operación y credibilidad en el mismo, que en algunos casos corresponde a una inadecuada difusión de los medios y evidentemente al desconocimiento en la operación del sistema, derechos y garantías de las partes involucradas.

Al respecto el gran tratadista. Juventino V. Castro, ya mencionaba lo siguiente:

...En efecto, es un hecho grave en todo el mundo -pero muy específicamente en México-, que las grandes controversias judiciales (pero fundamentalmente las de materia penal, cuyos procesos con frecuencia provocan un gran interés morboso), se llevan regularmente en los respectivos procedimientos judiciales. Pero los medios de información –especialmente los televisivos que cuentan con una audiencia muy numerosa-, de hecho fabrican otro distinto *expediente no oficial*, otro espacio procedimental *ad hoc*, en el cual se buscan para presentar en vivo supuestos testigos y peritos, que van logrando conformar, por la reiteración persistente, una opinión general a la manera que desean o les conviene a dichos

medios publicitarios (o a sus administradores o propietarios), y que infortunadamente resultan más confiables para el público en general que los propios jueces y el solemne sistema judicial. En estos *expedientes de publicidad dirigida* no existe normatividad legal obligatoria, ni reglas de ética o de verosimilitud procesal. Pueden arbitrariamente convertir a un culpable en persona confiable, y tornar impunes a personas manifiestamente responsables de hechos judicialmente comprobados y sancionados por el derecho positivo; y que estas conclusiones sirven para impugnar a la *corrupción judicial*⁶.

Y con gran maestría ya exponía un problema que se agudizó con el tiempo, el uso de las nuevas tecnologías y con ello la explosión de las redes sociales; sin dejar de lado el evidente deterioro que sufría el sistema tradicional. Uno de los principios del nuevo sistema es la publicidad (aunque cabe recordar que este también predomina en el anterior, claro sin tanta propaganda); y la novedad del mismo, se da paso a que a las audiencias ingresen los medios de comunicación, con las debidas previsiones judiciales señaladas por los jueces, o más bien, advertencias en caso de difundir datos sensibles de las partes sin autorización, desafortunadamente eso no ha sido óbice para que no se publiciten datos que deberían quedar en reserva.

De entrada existe una gran responsabilidad para el Poder legislativo y los órganos implementadores en cuanto a la armonización y adecuada concreción de la implementación se refiere. Por ejemplo al difundir los llamados juicios orales, estamos refiriéndonos solo a una etapa del sistema o a una de sus características, pero no contextualizando todos sus componentes y las figuras procesales que lo integran, lo que genera una información parcializada del sistema y que cuando los procesos no llegan a la etapa de juicio oral (por utilizarse algún criterio de oportunidad, mecanismo alternativo de solución de conflictos o bien, un procedimiento abreviado), pueden traer como consecuencia que las partes y la sociedad piensen que no se aplica adecuadamente la justicia; o peor aún, confundir la oralidad con juicio oral, cuando de nada serviría la primera sin el adecuado conocimiento del sistema, la estructura y dinámica de sus

⁶ CASTRO V, Juventino, "Hacia el sistema judicial mexicano del siglo XXI, México, Porrúa, 2000, pp. 108 y 109.

audiencias y por supuesto la motivación y fundamentación en cada uno de los argumentos empleados. Por ello, la importancia de la adecuada difusión, capacitación y operación del sistema, es vital para su funcionamiento.

Asimismo no debemos descartar los beneficios que trae aparejado este cambio de sistema, y que es propio de un Estado democrático de derecho, que promueve en su carta fundamental el respeto y protección de los derechos humanos; sabemos que los resultados no serán inmediatamente percibidos, estos también serán graduales, pero debemos avanzar sin lugar a dudas en trabajar para concretarla, máxime atendiendo a lo establecido en el decreto de la reforma del año 2008, que señala como fecha límite para que entre a operar el nuevo sistema en todo el país el 18 de junio de 2016, así como la transición jurídica que esto implica, que se aborda en estos momentos incluso desde los programas de estudio de las universidades.

2. La reforma constitucional de 2011 sobre derechos humanos y la obligatoriedad del Estado Mexicano en el plano internacional

Sin lugar a dudas en esta última década se han producido verdaderas reformas al sistema de justicia mexicano que impactan a todas las áreas del derecho y que siguen en proceso de implementación no sólo en cuanto a su aplicación e interpretación, sino al cambio en la cultura jurídica. Al respecto y a juicio particular, la reforma que se gestó en el año 2011 definió por fin la importancia para México de seguir dentro de sus directrices y políticas públicas, la inclusión de los derechos humanos; y por ello, la trascendencia al plasmarlo en el texto constitucional al cambiar la denominación del capítulo I, que pasó de ser de *las garantías individuales*, a la ahora denominada *de los derechos humanos y sus garantías*⁷, haciendo hincapié en el texto consti-

⁷ “Diario Oficial de la Federación”, Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 10 de junio de 2011, véase en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011, consultado el 26 de marzo de 2015.

tucional, la obligatoriedad de su cumplimiento y la protección por el Estado mexicano para su consagración.

Pero también es menester, enfatizar, que la carta magna en el artículo 133 ya establecía la obligación de México en el cumplimiento de los tratados internacionales de los cuales fuese parte, lo cual resulta lógico si tomamos en consideración lo dispuesto por la Ley sobre la celebración de tratados publicada en 1992⁸, y que establece en el artículo 2 que *...de conformidad con la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución...* es decir, que si los tratados cumplen con los requisitos formales ya enunciados, se consideran Ley suprema en el país, al ser parte del esquema de supremacía constitucional, en el cual encontramos a la propia constitución, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por México y a las leyes federales emanadas de la constitución.

Por lo anterior, no sólo desde que plasma textualmente la denominación de derechos humanos en el capítulo primero de la constitución, nos encontramos obligados a su cumplimiento y protección; sino desde que un tratado es suscrito y ratificado por el Estado mexicano, con independencia del año en que se suscitó, nos es aplicable y obligatorio, mientras siga vigente en el sistema jurídico mexicano.

Ahora bien, una clara realidad es que fue necesario insertar en la letra de la ley, la obligatoriedad que tienen las instituciones que conforman nuestro Estado de garantizar por conducto de sus representantes, la protección y salvaguarda de los derechos humanos para todas las personas sin distingo alguno, para que puedan ejercer libremente sus derechos u obligaciones; asimismo, se pretende que con estos cambios jurídicos, los ideales como justicia, seguridad, bien común y demás satisfactores indispensables para la sana convivencia, puedan concretarse plenamente.

Por lo anterior, esta transición en materia de derechos humanos, sumada a la del 2008 en materia de justicia, ha permitido definir los

⁸ "Ley sobre la celebración de tratados", Congreso de la Unión", Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultada el 02 de octubre de 2015.

parámetros que requerimos alcanzar para la concreción del debido proceso en materia penal, y la transición de un sistema mixto con tendencia inquisitiva, a un sistema mixto de corte acusatorio; o como muchos enuncian, acusatorio y oral, esto sin lugar a dudas debido a la necesidad de garantizar que las partes involucradas en el proceso, gocen de los derechos y principios contenidos en la constitución y los tratados internacionales aplicables en la materia, a fin de que pueda garantizarse el irrestricto respeto a los derechos humanos de los involucrados y el acceso eficaz a la justicia.

Dentro de los procesos del orden penal, es una obligación para las autoridades, velar porque los principios consagrados en la carta magna se cumplan, respetando la legalidad en el proceso, así como los derechos del imputado y de la víctima u ofendido; en sí, de todas las partes involucradas; pues sólo cuando todas las partes intervinientes en los procesos penales ajusten sus actuaciones a los requerimiento de la ley, se podrá tener la certeza de que los derechos humanos de las víctimas, ofendidos o imputados, han prevalecido y se han garantizado durante el proceso.

Otro aspecto importante de resaltar, es que la reforma en materia de derechos humanos, impactó a todo el Estado, sus instituciones, al derecho en general, pues no hay una sola área en la cual, no se tenga la obligación de su observancia y cumplimiento, tal y como lo sostiene la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis:

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROTEGERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de protegerlos. Ésta puede caracterizarse como el deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del de-

recho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido el riesgo de vulneración a un derecho humano, el Estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen⁹.

Si analizamos la interpretación que la Corte nos da al respecto, se reitera la importancia para el Estado mexicano a través de las autoridades facultadas para ello, de respetar, garantizar, proteger y asegurar la protección de los derechos humanos para todos los habitantes del Estado mexicano, sean nacionales o no, porque no debe ser una protección limitativa en ningún sentido, sino extensiva a cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional y bajo el amparo de nuestras leyes; todos los servidores públicos quedan sujetos a dicha obligación de protección a los derechos humanos, pero es de resaltarse que esta tesis incluso prevé la protección de los derechos fundamentales frente a particulares.

Por ello, la inclusión en el texto constitucional del capítulo específico de los derechos humanos ha sido un avance para la justicia en México, quizá el mayor en el último siglo; no obstante, sigue siendo por sí solo insuficiente, pues no hay que perder la objetividad y tener presente que para que una reforma sea realmente funcional, el aparato de justicia debe funcionar integralmente y todas sus piezas y engranajes trabajar al mismo ritmo y con los mismos lineamientos y en ello radica una parte esencial para el sistema jurídico mexicano,

⁹ Esta tesis se publicó el viernes 20 de febrero de 2015 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de febrero de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013, véase en <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>, consultado el 27 de abril de 2015.

incluida la interpretación, aplicación, respeto y protección de los derechos humanos, tal y como lo establece la jurisprudencia en materia constitucional recientemente emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA.

Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P. /J. 20/2014 (10a.),* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional¹⁰.

Como se puede leer, queda plasmado dentro de la jurisprudencia mexicana que el máximo órgano de interpretación en el país emite, que entre las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución, no existe una relación de jerarquía; es decir, se encuentran al mismo nivel, pues ambas conforman el catálogo de derechos humanos válidos y obligatorios para nuestro

¹⁰ Tesis de jurisprudencia 29/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada de quince de abril de dos mil quince. Esta tesis se publicó el viernes 24 de abril de 2015 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 27 de abril de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013. Véase en <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.as>

Estado y que funcionan como parámetro de regularidad constitucional¹¹; o bien, como otro medio más de control de constitucionalidad.

Debemos subrayar, que esta primera parte de la interpretación se entiende en un sentido progresista y evolutivo, en el que se impone la aplicación del principio *pro persona*, favoreciendo la protección más amplia de derechos para las personas; sin embargo, la segunda parte de la misma reitera el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a que *cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional*¹², prevaleciendo así, de forma expresa y primigenia, los derechos o restricciones a los mismos establecidos en la Carta Magna.

Afortunadamente en materia de interpretación nada es permanente y tratándose de derechos humanos y los principios que traen aparejados, solamente pueden entenderse en un sentido evolutivo y que poco a poco cambiaran la cultura jurídica en México y las tradiciones jurídicas todavía arraigadas en criterios conservadores que de ninguna forma se pretende vincular estén en contra de los derechos humanos, sino que ideológicamente buscan que perduren usanzas e instituciones de derecho interno, que no se ajustan a los estándares en materia de derechos humanos de orden supranacional y; que en todo caso, con independencia de si corresponden al ámbito nacional o internacional, los derechos humanos tienen principios y características que son universales.

¹¹ El término parámetro de regularidad constitucional es el que mayor aceptación tiene, incluso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la doctrina se le ha llegado a identificar también como bloque de constitucionalidad; con independencia de la enunciación, corresponde a las normas supremas que estamos obligados a invocar en materia de derechos humanos, para lograr una interpretación sistemática, armónica y que favorezca en todo tiempo a la persona.

¹² "Ley sobre la celebración de tratados", Congreso de la Unión", *op. cit.*, nota 9.

3. El debido proceso y su importancia en la reforma de justicia penal mexicana

Al abordar el tema del debido proceso, debemos tener claro que no resulta una tarea simple fácil, ni tampoco existe una voz unívoca respecto a su concepto o significación; o incluso, en cuanto a su ámbito de aplicación en el derecho, pues existen voces que lo sitúan como prioritario o eje rector del proceso penal, percepción que tiende a considerar esta área la más dura del derecho, al aplicar el *ius puniedi* del Estado, ante la violación de sus preceptos y castigar con incluso la pérdida de la libertad temporal o definitiva de las personas, considerada esta pena, la más rígida en el Estado mexicano, y que restringe por consiguiente, la libertad del individuo que vulnera las normas de carácter penal; entendiéndose así que quien infringe un precepto de carácter penal, puede llegar a sufrir como consecuencia jurídica de la misma, una restricción a su libertad ambulatoria; uno de los derechos humanos más preciados para la persona.

Aunque también es importante destacar que el debido proceso legal, no opera en forma única o exclusiva en el derecho penal; lo anterior, si tomamos en consideración que en todos los procesos con independencia de la materia: civil, penal, administrativo, laboral, fiscal o cualquier otra; para su tramitación, debe seguirse un debido proceso que se encuentra contemplado en las leyes o normas de naturaleza adjetiva que lo integran, sin dejar de subrayar, que los principios que lo rigen imperan en la norma constitucional.

A decir de Bustamante Alarcón, se entiende el debido proceso como el *conjunto de reglas procesales de obligatorio cumplimiento que regulan un procedimiento para que sea válido (por ejemplo la prohibición de indefensión, motivación de resoluciones, igualdad de las partes, juez imparcial, entre otros)*¹³ de lo que se colige lo señalado en líneas precedentes, que con independencia de la materia o área del derecho que enunciemos, para su tramitación o proceso, se deben atender a las reglas que lo rigen.

En palabras del reconocido procesalista Héctor Fix-Zamudio, el debido proceso legal, es el *conjunto de condiciones de carácter jurídico y*

¹³ Citado por ZAMORA GRANT, José, "Justicia penal y derechos fundamentales", México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 114.

*procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados*¹⁴. En esta acepción es evidente la importancia de este conjunto de reglas, condiciones o disposiciones que contienen las leyes para guiar los procesos que se diriman, en virtud de que como bien sostiene el Dr. Fix-Zamudio, la trascendencia de los mismos estriba en que en el resultado final, el gobernado puede ser afectado de sus derechos; o bien, defenderse con esas mismas reglas o condicionantes, puesto que operan en forma bilateral Estado-gobernado, o gobernado-gobernado, dependiendo por supuesto de su ámbito de aplicación, ya sea parte del derecho público, o del derecho privado.

Zamora Grant, lo define como *principios procesales de fundamento constitucional para la consecución de un juicio justo que garantice el equilibrio y la equidad entre los sujetos procesales, sin distinción por motivos de raza, origen étnico, ideología, etcétera, y la protección de las libertades fundamentales y la seguridad e integridad personal*.¹⁵ En esta concepción, claramente se desprende la influencia de los derechos humanos para el debido proceso, así como la prevalencia de principios constitucionales que rigen imperativamente las normas adjetivas de las cuales se deriven los procesos, estableciendo las garantías mínimas o reglas a las cuales deben ceñirse, para reputarlos de justos¹⁶ o cuando menos apegados a derecho.

Don Sergio García Ramírez proporciona la definición dada por el tratadista Arturo Hoyos, en donde establece el debido proceso o proceso justo, como un *derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausen-*

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ *Ibídem*, p. 116.

¹⁶ Desde la época antigua los grandes filósofos, Aristóteles, Platón, Sócrates, por enunciar solo algunos, y los estudiosos de nuestros días, siguen sin acoger un concepto único o uniforme acerca de la justicia; lo anterior, atendiendo a la diversidad ideológica y cultural existente, así como a la priorización de valores y satisfactores. Tan es así, que si nos remontamos a la obra *¿Qué es la justicia?* de Kelsen, concluye diciendo que no pudo contestar la interrogante y sólo se atreve a decir que la justicia desde su punto de vista, está conformado por lo que para él es lo más importante: la ciencia. Cfr. KELSEN, Hans, "¿Qué es la justicia?", 16^o reimpresión, México, Fontamara, 2004, p. 83.

cia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derechos (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos¹⁷. Como es de recordarse, el precedente histórico para que se promulgara la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁸, fue el holocausto acontecido en la segunda guerra mundial, donde sin duda las violaciones a los derechos humanos de las personas fueron innumerables, considerados incluso hoy en día crímenes de *lesa humanidad*; por ello, fue indispensable dejar escrito que todos los seres humanos son iguales y que tienen derechos inherentes a la persona misma, que no otorgan los Estado en su magnificencia, sino que los reconocen y positivizan, diseñando los mecanismos necesarios para su protección, siendo parte de sus obligaciones no sólo nacionales, sino internacionales para con sus congéneres.

Si bien es cierto, antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, existieron otros instrumentos que ya contenían en su normativa principios esenciales de derechos humanos, surgidos en Francia y en Estados Unidos por mencionar solo algunos¹⁹; no es, sino hasta la Declaración Universal, que se enarbola para todos los seres

¹⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Negrete Morayta, Alejandra, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, México, Consejo de la Judicatura Federal, Jornadas sobre derecho procesal, 2012, p. 7. Véase en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursos-esp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>, consultado el 22 de abril de 2015.

¹⁸ Consúltese, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹⁹ El derecho al debido proceso ha sido una preocupación de textos constitucionales y de declaraciones de derechos desde hace mucho. Así, la Carta Magna de 1215 de Juan I de Inglaterra, mejor conocido como Juan sin Tierra, estableció el derecho a que no se privara a las personas de sus derechos sino mediante una sentencia dictada con arreglo a los procedimientos legales. También se tiene la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 donde se sostenía que para privar de un derecho tenían que seguirse las formas previstas por la ley. De igual forma, se tiene que la Decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, fue la primera en utilizar la expresión debido proceso (*due process*) al señalar que no se podía ser privado de sus derechos sin un debido proceso

humanos sin distingo alguno. ¿Y cuál es la relación con el debido proceso o proceso justo como lo denomina Hoyos? consideramos reside por ende, en que las personas cuando son sometidas a un proceso, deben contar con las garantías mínimas, necesarias e indispensables para hacer valer en las etapas procesales sus derechos humanos y que estos no sean menoscabados o mermados por actos de autoridad. Por lo que debemos tomar en cuenta que los derechos humanos no son absolutos sino que desafortunadamente, dada la complejidad de la naturaleza humana y la convivencia no siempre pacífica, estos tienen regulaciones y en algunos casos hasta excepciones o limitaciones; pero son en estos casos, en donde deben prevalecer los derechos y principios propios del debido proceso, para evitar actos injustos que importen una violación al derecho humano de la persona o personas afectadas.

Siendo todavía más específico, Hoyos afirma que el debido proceso es una garantía constitucional, de naturaleza instrumental o como bien decimos, adjetiva; *en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo el proceso-legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas*²⁰ lo cual resulta congruente si lo contrastamos con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al consagrar en el artículo 14 el principio de legalidad, y en el artículo 17, una justicia pronta, expedita e imparcial²¹. Dentro de las consideraciones que estima nuestro honorable tratadista también como parte del debido proceso, se encuentra la *oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminadas por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos*.²² Principios que se encuentran claramente establecidos en la Constitución mexicana, disseminados en los artícu-

legal. Cfr. SOBERANES DÍEZ, José María, “Manual de teoría del proceso, perspectiva constitucional”, México, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 133.

²⁰ GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, nota 18, p. 10.

²¹ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *op. cit.* nota 6.

²² GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, nota 18 p. 10

los 14, 16, 17, 19 y 20, los cuales forman parte del proceso penal tradicional, pero también del nuevo sistema, que incluso maximiza en su caso algunos en aras de garantizar el debido proceso penal.

Pero continuamos tratando de conocer las concepciones acerca del debido proceso, aportadas por reconocidos estudiosos del derecho, por lo que no podría faltar la referida por el propio Dr. Sergio García Ramírez, quien explica que este, *constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto de Estado que pueda afectarlos.*²³ Criterio que reitera la importancia de que existan requisitos o lineamientos acatables en los procesos, ya que sin esas directrices, las personas quedarían en estado de indefensión y sometidas al imperio del Estado sin recurso alguno que los ampare. Asimismo considera que el debido proceso es parte de *un sistema dinámico en constante transformación*²⁴, lo cual sigue la lógica de que el derecho evoluciona con la sociedad misma y evidentemente el debido proceso se encuentra implícito en las reglas procesales de índoles constitucionales o secundarias, y en México tenemos un claro ejemplo en materia penal, donde tenemos vigente dos sistemas procesales penales, uno de tendencia inquisitiva y con sus propias reglas procesales, y otro de corte acusatorio que por supuesto tiene reglas o principios procesales que lo regulan; cabe aclarar que hay reglas o principios comunes en ambos, y evidentemente hay otras que son propios o específicos de cada sistema; pero lo importante de resaltar esto, es entender que no se puede vislumbrar un proceso que se repunte de justo o que podamos denominar debido, sino emana de ese conjunto de principios o reglas indispensables para su consecución; entendiéndose, que la aplicación y respeto de cada una de ellas, son lo que legitiman y dan vida al debido proceso.

²³ *Ídem*, p. 19.

²⁴ *Ibidem*.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió el siguiente criterio jurisprudencial, transcrito a continuación:

DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.

Dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro”, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al “núcleo duro”, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.”, sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable,

por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejercen su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza²⁵.

Esta jurisprudencia, explica en forma detallada como se interpreta en el sistema jurídico mexicano el debido proceso, de la lectura se desprende que las garantías implícitas no son limitativas, sino que incluso, deja en claro que pueden existir otras de igual naturaleza, las cuales en su momento deberán hacerse valer por las autoridades correspondientes o exigibles por los interesados, quienes por lo regular son quienes forman parte del proceso.

Se desprende que el debido proceso en México está integrado por dos núcleos; el primero es denominado por la Corte como *núcleo duro* compuesto por garantías que son exigibles en cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional, y conocido también como las *formalidades esenciales del procedimiento*; dentro de estas, se enuncian de forma extensiva mas no limitativa, las siguientes:

- a. La garantía de audiencia;
- b. El derecho a la notificación de inicio del procedimiento;
- c. La oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas;
- d. La oportunidad de alegar;
- e. Así como una resolución que resuelva las cuestiones debatidas y por ende, los medios de impugnación.

En el segundo núcleo establecido en el criterio de la Corte, se encuentran las llamadas garantías mínimas con las que debe contar toda persona que sea susceptible de ser molestada en su persona, papeles, domicilio, posesiones; o como mencionan, opera para cualquier persona, que esté en posibilidad de que su esfera jurídica sea

²⁵ Tesis de jurisprudencia 11/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil catorce. Esta tesis se publicó el viernes 28 de febrero de 2014, a las 11:02 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 03 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013, véase en, <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 29 de abril de 2015.

modificada por el poder punitivo del Estado, tal y como acontece en las áreas del derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, citando sólo algunas; porque no podemos obviar que también aplica en otras materias como derecho agrario o laboral, por mencionar otras.

De igual forma, vale la pena resaltar que estos dos núcleos no se contraponen entre sí, sino que incluso se complementan y que el núcleo duro o de formalidades esenciales del procedimiento, es indispensable que concurra a la par del segundo núcleo; pues solo así se entiende podríamos hablar de que existe un debido proceso aplicable en materias donde el Estado hace uso de toda su potestad punitiva o poder sancionador ante los gobernados, y este conjunto de garantías (llamadas así por la Suprema Corte) o principios y derechos (por los tratadistas ya estudiados), que integran los núcleos, les otorgan los derechos o garantías indispensables a los gobernados, para defenderse ante el propio Estado; o ante particulares, según sea el caso. A continuación se esquematizan las dos especies que convergen en el segundo núcleo:

- a. Contar con un abogado o defensa adecuada;
- b. No declarar contra sí mismo;
- c. Conocer la causa del procedimiento sancionatorio;
- d. Derecho de notificación;
- e. Asistencia consular;
- f. Derecho de contar con traductor o intérprete;
- g. Derechos de los niños y niñas a que su detención sea notificada a quienes ejercen su patria potestad, entre otros.

Como bien señalamos al inicio, no hay un concepto o significación uniforme para referirnos al debido proceso, pero con independencia de cuál sea el concepto acogido, si dentro de los elementos que integran dicha definición encontramos que es un conjunto de principios, garantías o derechos establecidos por el Estado en su normativa interna (constitucional o secundaria) o bien, en el propio derecho internacional (tratados o convenciones) y que tienen por objeto establecer los parámetros, lineamientos o directrices a los cuales debe ceñirse todo proceso con independencia de la materia o área del derecho al que se aplique y por ende, los procedimientos que se deriven del mismo, con la finalidad de salvaguardar los derechos humanos o derechos fundamentales de los gobernados, ante los actos de autoridad e incluso de particulares; puesto que son las pautas dentro de las cuales toda autoridad debe ajustar su actuación, sin dejar de lado que estas normas se encuentran en su mayoría establecidas en

leyes de carácter adjetivo; pero que no son exclusivas de las mismas, ya que como se ha hecho referencia en reiteradas ocasiones, también podemos encontrarlas en el texto constitucional de donde emanan e incluso en el derecho internacional, por lo cual su interpretación debe ser sistemática para aplicarlos adecuadamente y no violentar los derechos humanos de las personas.

La importancia sin lugar a dudas del debido proceso, no es solamente enunciativa, sino que se constituye como eje rector de los procesos ajustados a derecho y que son parte fundamental de un Estado democrático de derecho y que es justamente la pretensión del Estado mexicano, de no solo ponderar esta máxima en su norma, sino que sea parte de su realidad jurídica.

El debido proceso, aparece como parte de los principios que quedan establecidos en la transición del sistema mixto inquisitivo, al sistema acusatorio en nuestro país; aunque a juicio de quien escribe, no es sólo un principio, sino es la directriz de los procesos.

4. Unificación procesal en México: la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales

El 05 de marzo del 2014, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Código Nacional de Procedimientos Penales, un hecho histórico y relevante en México, debido a que hasta antes de la emisión del mismo, cada uno de los Estados legislaba en materia procesal penal, teniendo como resultado 32 códigos de procedimientos penales y uno federal, y que hasta hace poco, eran los ordenamientos que debían invocarse; si bien es cierto, esta nueva realidad es bastante compleja y trae de la mano muchos cambios, también lo es, que poco a poco esos códigos estatales y el federal todavía en vigor en la mayoría de los casos (recordemos que una vez iniciado un proceso, se concluirá con las leyes que se encontraban vigentes) irán desapareciendo poco a poco de nuestro sistema para convertirse en parte de nuestras fuentes históricas y dando paso a una verdadera unificación procesal penal en el país, que tampoco es perfecta, sino perfectible en todo caso, pero que es por sí misma, bondadosa al traer consigo la unidad en cuanto a las instituciones procesales, las formalidades propias del debido proceso, así como las garantías y mecanismos diseñados para su correcto funcionamiento.

Esta unificación penal fue posible debido a la reforma a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos²⁶, que establece como facultad del Congreso de la Unión expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas, las cuales entraran en vigor a más tardar el 18 de junio de 2016, en consonancia con el proceso penal acusatorio en todo el país.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, entrara en vigor previa declaratoria correspondiente por parte de las legislaturas de los Estados y la Federación, de acuerdo a lo establecido en la nota de vigencia contenida al inicio del texto del mismo, la cual reza²⁷:

Nota de vigencia: El presente Código entrará en vigor de conformidad con lo que establece el Artículo Segundo Transitorio del mismo:

ARTÍCULO SEGUNDO. Vigencia

Este Código entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016.

En el caso de las Entidades federativas y del Distrito Federal, el presente Código entrará en vigor en cada una de ellas en los términos que establezca la Declaratoria que al efecto emita el órgano legislativo correspondiente, previa solicitud de la autoridad encargada de la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en cada una de ellas.

En todos los casos, entre la Declaratoria a que se hace referencia en los párrafos anteriores y la entrada en vigor del presente Código deberán mediar sesenta días naturales.

²⁶ Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultada el 27 de mayo de 2015.

²⁷ "Código Nacional de Procedimientos Penales", Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultada el 29 de junio de 2015.

Cabe mencionar que para el 2008, en algunos Estados de la República, ya se había adecuado de forma parcial o total la reforma procesal penal, tal y como aconteció en Chihuahua al ser el primer Estado al hacerlo de forma integral, pero entrando a operar por distritos judiciales, seguido por Oaxaca, que a decir de la Dra. González Obregón, puede citarse de ejemplo porque aparte de la implementación del nuevo sistema, estableció 30 centros de mediación con el objetivo de apoyar a las comunidades indígenas²⁸.

Entrando de lleno al contenido del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, inicia en el articulado con el ámbito de aplicación estableciendo que sus disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales, respetándose los principios y derechos contenidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales aplicables.

En el dispositivo 2, se consagra el objeto del nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral, y que consiste en a) establecer las normas que han de observarse en la investigación, b) el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y c) que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito; todo lo anterior, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados Internacionales.

En el artículo 3, se dispone un glosario y es en el 4 que se define que el proceso penal será acusatorio y oral, en el mismo tenor que en la Constitución de la República, apartado A del artículo 20; en él se

²⁸ En ese mismo tenor, aporta la jurista ya citada el caso de Nuevo León, donde en 2004 se aprobaron reformas a su Código de Procedimientos Penales, entrando en vigor los juicios orales, aplicables sólo para delitos culposos no graves. No fue sino hasta el 2006 cuando incluyeron los delitos dolosos no graves, implementando de esta manera una reforma parcial y realizando grandes esfuerzos para convertirla en reforma integral. Siguiendo el paradigma de Nuevo León, en 2006 el Estado de México aprueba reformas en su código de procedimientos penales, inicia con una reforma parcial, siendo ejemplo para los demás Estados...GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, "Manual práctico del juicio oral", 2° ed., México, UBIIJUS, 2012, pp. 28 y 29.

observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes. Asimismo establece que existen excepciones a los mismos, tanto en sus disposiciones, como en otras legislaciones aplicables. Y establece la obligación de las autoridades de respetar tanto la dignidad de la víctima como del imputado, lo anterior resulta lógico dado que la dignidad humana es considerada un derecho humano y como tal debe ser salvaguardada por el Estado mexicano.

Del artículo 5 al 14, se encuentran contemplados los principios que imperan en el sistema, mismos que también se encuentran consagrados en la ley fundamental y que son:

- 1. Principio de publicidad.** Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas, entre las que destacan por razones de seguridad. También establece que los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional. Es importante subrayar que dentro de los esquemas de capacitación en el nuevo sistema, también se han incluido a los periodistas, aunque al no ser los destinatarios primarios dentro del mismo, los cursos implementados y el número de periodistas que lo han recibido, estimamos son todavía insuficientes.
- 2. Principio de contradicción.** Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo las prohibiciones expresas establecidas en el código. Este principio permite que tanto la parte acusadora como la defensa, debatan sobre los hechos, argumentos o medios de prueba que se presenten durante el proceso.
- 3. Principio de continuidad.** Las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en la propia ley. Por lo que interpretándolo dentro del proceso penal se debe entender como la posibilidad procesal de celebrar en una misma unidad de tiempo y con una sola intención, diversos actos procesales que necesariamente se encuentran

relacionados entre sí²⁹ y que por su propia naturaleza se pueden efectuar mediante las actividades realizadas en concatenación y preferentemente de forma ininterrumpida.

4. **Principio de concentración.** Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en el Código, con las excepciones también ya establecidas. Este principio tiende a buscar que en el menor tiempo posible se pueda resolver el proceso penal, en aras de favorecer que la justicia cumpla su cometido de ser pronta y expedita, cuidando en todo tiempo los derechos de las partes involucradas en el proceso.
5. **Principio de inmediación.** Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma. Señala el código que bajo ninguna circunstancia el juez o los integrantes del tribunal, podrán delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva. A los que añadiríamos, no sólo estos actos procesales, sino cualquiera en donde se ejerza el derecho a audiencia, a ser oído y vencido en juicio.
6. **Principio de igualdad ante la ley.** Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. En concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política del país, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las autoridades tiene la obligación de garantizar que cualquier persona sea atendida, a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad, deberán preverse ajustes razonables al procedimiento cuando se requiera.

²⁹ VALADEZ DÍAZ, Manuel, *et al.*, "Diccionario práctico del juicio oral", México, UBIJUS, 2011, p. 111.

7. **Principio de igualdad entre las partes.** Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen. Esta disposición en particular, busca promover que las personas en atención a una condición natural o socialmente creada, puedan ejercer en igualdad de circunstancias sus derechos ante la ley.
8. **Principio de juicio previo y debido proceso.** Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen; tal y como desarrollamos en el apartado que antecede, este principio es la base de los procesos, y por ende, del proceso penal.
9. **Principio de presunción de inocencia.** Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código. Aunque expresamente este principio no señala que prevé excepciones, vale la pena destacar que siguiendo la política criminológica establecida en el Estado mexicano, del derecho penal de excepción o derecho penal del enemigo, hay hipótesis en las que no aplica, por ejemplo, tratándose de delincuencia organizada.
10. **Principio de prohibición de doble enjuiciamiento.** La persona condenada, absuelta o cuyo proceso haya sido sobreesido, no podrá ser sometida a otro proceso penal por los mismos hechos. Al respecto el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiere que este principio supone dos momentos: *a) la realización de un juicio que se pronuncia sobre el fondo del asunto y, b) la culminación del mismo en una sentencia de carácter firme absolutorio, es decir, con una decisión adoptada de forma definitiva y obligatoria que absuelva al inculpado*³⁰...consagrado en el artículo 8.4, sustentado en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que

³⁰ STEINER, Christian y URIBE Patricia (Coord.), "Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada", Suprema Corte de Justicia de

han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada o de asunto total y legalmente concluido y por ello, resulta lógico que se quede sin materia y pueda volverse a juzgar.

De los artículos 15 al 19, encontramos contemplados los derechos dentro del procedimiento como el derecho a la intimidad y a la privacidad; a la justicia pronta; así como el derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata; de igual forma se contempla la garantía de ser informados de sus derechos desde el inicio del procedimiento tanto para el imputado, como para la víctima u ofendido; y el respeto a la libertad personal. De los artículos 20 al 29 se establecen las reglas aplicables a la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales ya sean federales o locales, y a la incompetencia que puede decretarse por declinatoria o por inhibitoria. Y de los artículos 30 al 43, se especifica en qué casos procederá la acumulación y separación de procesos y sus efectos.

En cuanto a los actos procedimentales abordados de los artículos 44 al 51, queda de manifiesto que las actuaciones serán orales, pudiendo auxiliarse con documentos u otros medios; asimismo se lee que se desarrollarán en el idioma español, pero garantizando el derecho a traductor e interprete en caso de que no domine o conozca el idioma, lo anterior para salvaguardar su derecho a una adecuada defensa; también establece el lugar y el tiempo en que deberán celebrarse las audiencias, y la obligación de tomar protesta a quienes vayan a rendir declaración y, a su vez, regula la consulta pública de las carpetas digitales y la utilización de medios electrónicos.

El desarrollo de las audiencias se encuentra regulado de los artículos 52 al 66, donde se lee que están serán públicas, y que el órgano jurisdiccional es el responsable de la disciplina en las mismas y de imponer las medidas de apremio que amerite cada caso concreto; previo a cada audiencia los declarantes deberán identificarse, ordenándose llevar un registro de esta actividad, así como de la manifestación expresa de la voluntad del declarante de hacer público o no sus datos personales. De igual forma se especifican los casos que por razones de orden o seguridad se puede restringir el acceso a las audiencias.

la Nación y Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014, p. 263.

La asistencia de las partes y los casos de ausencia; así como las excepciones al principio de publicidad, quedando a cargo del órgano jurisdiccional resolver excepcionalmente aun de oficio que se desarrolle total o parcialmente a puerta cerrada, esto, fundado y motivando la resolución que emita cuando:

- I. Pueda afectar la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él;
- II. La seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas;
- III. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible;
- IV. El Órgano jurisdiccional estime conveniente;
- V. Se afecte el Interés Superior del Niño y de la Niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia, o
- VI. Esté previsto en el Código o en otra ley.

De los artículos 67 al 72 se regulan las resoluciones judiciales, las cuales serán pronunciadas en forma de sentencias y autos. Serán emitidos en forma oral y surtirán sus efectos más tardar al día siguiente; constando por escrito los siguientes:

- I. Las que resuelven sobre providencias precautorias;
- II. Las órdenes de aprehensión y comparecencia;
- III. La de control de la detención;
- IV. La de vinculación a proceso;
- V. La de medidas cautelares;
- VI. La de apertura a juicio;
- VII. Las que versen sobre sentencias definitivas de los procesos especiales y de juicio;
- VIII. Las de sobreseimiento, y
- IX. Las que autorizan técnicas de investigación con control judicial previo.

Esto en virtud de que los actos de molestia deben constar por escrito en el sistema jurídico mexicano.

En los artículos 73 al 81 quedan reguladas las comunicaciones entre autoridades, incluidas las extranjeras. Las formas de realizar las notificaciones y las citaciones se contemplan del artículo 82 al 93. Los plazos procesales se contemplan del 94 al 96.

Del artículo 97 al 102 se abordan las cuestiones relativas a la nulidad, señalando como principio que cualquier acto realizado con

violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento.

Respectos de los gastos de producción de prueba regulada en el artículo 103, y tratándose de la prueba pericial, el Órgano jurisdiccional ordenará, a petición de parte, la designación de peritos de instituciones públicas, las que estarán obligadas a practicar el peritaje correspondiente, siempre que no exista impedimento material para ello.

Las medidas de apremio que podrán ser usadas por el Ministerio Público y por el órgano jurisdiccional, consisten en amonestación, multa, auxilio de la fuerza pública y arresto hasta por 36 horas, en los términos establecidos en el artículo 104.

Los sujetos del procedimiento penal conforme al artículo 105 son la víctima u ofendido, el asesor jurídico, el imputado, el defensor, el Ministerio Público, la policía, el órgano jurisdiccional y la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso. En el artículo 106 se regula la reserva de los datos de identidad de las partes, y en el dispositivo 107, la probidad con la cual deben conducirse; de los artículos 108 al 111 se consagran los derechos y las garantías que le asisten a la víctima u ofendido durante el proceso, dentro de las cuales específicamente el 109 señala:

- I. A ser informado de los derechos que en su favor le reconoce la Constitución;
- II. A que el Ministerio Público y sus auxiliares así como el Órgano jurisdiccional les faciliten el acceso a la justicia y les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la debida diligencia;
- III. A contar con información sobre los derechos que en su beneficio existan, como ser atendidos por personal del mismo sexo, o del sexo que la víctima elija, cuando así lo requieran y recibir desde la comisión del delito atención médica y psicológica de urgencia, así como asistencia jurídica a través de un Asesor jurídico;
- IV. A comunicarse, inmediatamente después de haberse cometido el delito con un familiar, e incluso con su Asesor jurídico;
- V. A ser informado, cuando así lo solicite, del desarrollo del procedimiento penal por su Asesor jurídico, el Ministerio Público y/o, en su caso, por el Juez o Tribunal;

- VI. A ser tratado con respeto y dignidad;
- VII. A contar con un Asesor jurídico gratuito en cualquier etapa del procedimiento, en los términos de la legislación aplicable;
- VIII. A recibir trato sin discriminación a fin de evitar que se atente contra la dignidad humana y se anulen o menoscaben sus derechos y libertades, por lo que la protección de sus derechos se hará sin distinción alguna;
- IX. A acceder a la justicia de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias o querellas;
- X. A participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias;
- XI. A recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor desde la denuncia hasta la conclusión del procedimiento penal, cuando la víctima u ofendido pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena o no conozca o no comprenda el idioma español;
- XII. En caso de tener alguna discapacidad, a que se realicen los ajustes al procedimiento penal que sean necesarios para salvaguardar sus derechos;
- XIII. A que se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga otra nacionalidad;
- XIV. A que se le reciban todos los datos o elementos de prueba pertinentes con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que establece este Código;
- XV. A intervenir en todo el procedimiento por sí o a través de su Asesor jurídico, conforme lo dispuesto en este Código;
- XVI. A que se le provea protección cuando exista riesgo para su vida o integridad personal;
- XVII. A solicitar la realización de actos de investigación que en su caso correspondan, salvo que el Ministerio Público considere que no es necesario, debiendo fundar y motivar su negativa;
- XVIII. A recibir atención médica y psicológica o a ser canalizado a instituciones que le proporcionen estos servicios, así como a recibir protección especial de su integridad física y psíquica cuando así lo solicite, o cuando se trate de delitos que así lo requieran;

- XIX. A solicitar medidas de protección, providencias precautorias y medidas cautelares;
- XX. A solicitar el traslado de la autoridad al lugar en donde se encuentre, para ser interrogada o participar en el acto para el cual fue citada, cuando por su edad, enfermedad grave o por alguna otra imposibilidad física o psicológica se dificulte su comparecencia, a cuyo fin deberá requerir la dispensa, por sí o por un tercero, con anticipación;
- XXI. A impugnar por sí o por medio de su representante, las omisiones o negligencia que cometa el Ministerio Público en el desempeño de sus funciones de investigación, en los términos previstos del Código y demás disposiciones legales aplicables;
- XXII. A tener acceso a los registros de la investigación durante el procedimiento, así como a obtener copia gratuita de éstos, salvo que la información esté sujeta a reserva así determinada por el Órgano jurisdiccional;
- XXIII. A ser restituido en sus derechos, cuando éstos estén acreditados;
- XXIV. A que se le garantice la reparación del daño durante el procedimiento en cualquiera de las formas previstas por el Código;
- XXV. A que se le repare el daño causado por la comisión del delito, pudiendo solicitarlo directamente al Órgano jurisdiccional, sin perjuicio de que el Ministerio Público lo solicite;
- XXVI. Al resguardo de su identidad y demás datos personales cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar, secuestro, trata de personas o cuando a juicio del Órgano jurisdiccional sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa;
- XXVII. A ser notificado del desistimiento de la acción penal y de todas las resoluciones que finalicen el procedimiento, de conformidad con las reglas que establece el Código;
- XXVIII. A solicitar la reapertura del proceso cuando se haya decretado su suspensión, y
- XXIX. Los demás que establezcan en el Código y otras leyes aplicables.

Sin lugar a dudas, el cúmulo de derechos y garantías consagrados a la víctima en la legislación mexicana, refleja la clara tendencia de inclinarnos hacia un estado de derechos, en donde todas las partes se encuentren en igualdad de circunstancias para hacer frente a un proceso, además no podemos olvidar que la interpretación de las leyes es sistemática y que todos estos derechos no están circunscritos a este único precepto, sino que hay otras leyes que los reiteran e incluso maximizan, como por ejemplo, la Ley General de Víctimas.

Y del 112 al 126 los correspondientes al imputado y su defensa. Sin embargo es menester pausar en el artículo 113, debido a que recoge los derechos y garantías del imputado, como son:

- I. A ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad;
- II. A comunicarse con un familiar y con su Defensor cuando sea detenido, debiendo brindarle el Ministerio Público todas las facilidades para lograrlo;
- III. A declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio;
- IV. A estar asistido de su Defensor al momento de rendir su declaración, así como en cualquier otra actuación y a entrevistarse en privado previamente con él;
- V. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez de control, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, así como, en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra;
- VI. A no ser sometido en ningún momento del procedimiento a técnicas ni métodos que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad;
- VII. A solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto, en los casos en que se encuentre en prisión preventiva, en los supuestos señalados por el Código;
- VIII. A tener acceso él y su defensa a los registros de la investigación, así como a obtener copia gratuita de los mismos;
- IX. A que se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente;

- X. A ser juzgado en audiencia por un Tribunal de enjuiciamiento, antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;
- XI. A tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por el Defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad;
- XII. A ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en el caso de que no comprenda o hable el idioma español; cuando el imputado perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el Defensor deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete de la cultura y lengua de que se trate;
- XIII. A ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido;
- XIV. A no ser expuesto a los medios de comunicación;
- XV. A no ser presentado ante la comunidad como culpable;
- XVI. A solicitar desde el momento de su detención, asistencia social para los menores de edad o personas con discapacidad cuyo cuidado personal tenga a su cargo;
- XVII. A obtener su libertad en el caso de que haya sido detenido, cuando no se ordene la prisión preventiva, u otra medida cautelar restrictiva de su libertad;
- XVIII. A que se informe a la embajada o consulado que corresponda cuando sea detenido, y se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga nacionalidad extranjera, y
- XIX. Los demás que establezca el Código y otras disposiciones aplicables.

Los derechos que se contemplan para el imputado son bastos, precisamente en aras de dotarlo de los medios necesarios para que pueda ejercer su derecho de defensa y alcanzar así una adecuada impartición de justicia, en donde la balanza de la ley, no se incline sin miramientos sólo hacia una de las partes.

Ahora bien, de los artículos 127 al 131 encontramos las facultades y obligaciones del Ministerio Público, tales como lo referente a la competencia, al deber de lealtad, objetividad y la debida diligencia con la cual deben conducirse, y a la carga probatoria que como parte acusadora tienen; así como las obligaciones correspondientes a la policía en el 132; la de los jueces y magistrados del 133 al 135 y en el 136 de los consultores técnicos.

En el artículo 137, se encuentran contempladas las medidas de protección para la víctima, así como las providencias precautorias en el 138, y la duración que deban tener en el 139.

En los casos de detención por flagrancia, cuando se trate de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa y el Ministerio Público determine que no solicitará prisión preventiva como medida cautelar, podrá disponer la libertad del imputado o imponerle una medida de protección, tal y como lo establece el artículo 140. De los artículos 141 al 145, se regula la forma de conducción del imputado al proceso, esto es, por citatorios, órdenes de comparecencia y aprehensión. Del artículo 146 al 149, encontramos las disposiciones que regulan la detención en caso de flagrancia y del 150 al 152 en caso urgente, en este último supuesto, la Suprema Corte de Justicia, ha determinado en sus criterios, los parámetros para su cumplimiento:

DETENCIÓN POR CASO URGENTE. REQUISITOS PARA SU VALIDEZ.

El artículo 16, párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé que sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. Ahora bien, de las características ontológicas de la detención por caso urgente, destaca que: a) es una restricción al derecho a la libertad personal; b) es extraordinaria, pues deriva de condiciones no ordinarias, como el riesgo fundado de que la persona acusada de cometer un delito grave se sustraiga a la acción de la justicia y que por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial a solicitar una orden de aprehensión; y, c) es excepcional, pues se aparta de la regla general sobre el control judicial previo dentro del régimen de detenciones. En ese sentido, para que sea válida o legal la detención por caso urgente debe estar precedida de una orden del Ministerio Público,

una vez que se han acreditado los tres requisitos que la autorizan: i) que se trate de un delito grave; ii) que exista riesgo fundado de que el inculpado se fugue; y, iii) que por razones extraordinarias no sea posible el control judicial previo. Así, estos requisitos constitucionales a los que está sujeta la detención por caso urgente configuran un control normativo intenso dispuesto por el legislador, que eleva el estándar justificativo para que el Ministerio Público decida ordenar la detención de una persona sin control previo por parte de un juez. Por ello, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera razonable que el Constituyente determinara que el Ministerio Público deba demostrar que los tres requisitos establecidos en el artículo 16 constitucional se actualizan concurrentemente. Además, deben existir motivos objetivos y razonables que el Ministerio Público tiene la carga de aportar para que la existencia de dichos elementos pueda corroborarse posteriormente por un juez, cuando éste realice el control posterior de la detención, como lo dispone el artículo constitucional referido³¹.

Resultaría por demás interesante analizar los criterios que la Corte ha emitido respecto de determinadas figuras procesales; sin embargo, excede los límites de este apartado. Es importante, tomar en consideración que tratándose de un nuevo sistema de justicia penal, es preciso dejar clarificado los aspectos que distan en este sistema del anterior, sobre todo para los operadores, por ello; la importancia de conocer los parámetros unificadores en su aplicación e imposición emitidos por la Corte. Algunos tratadistas en México, se han pronunciado acerca de la incompatibilidad de la detención urgente con el sistema acusatorio, lo anterior basándose en el análisis de que si bien es cierto puede tratarse de hechos que traigan como consecuencia la

³¹ Tesis: 1a. CCLII/2015 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Amparo directo en revisión 3506/2014. 3 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Los Ministros Zaldívar, Pardo, Sánchez Cordero y Gutiérrez, reservaron su derecho para formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Esta tesis se publicó el viernes 28 de agosto de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Véase en <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultada el 01 de octubre de 2015.

comisión de delitos graves y que exista riesgo de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, el último requisito que refiere que por circunstancias extraordinarias (hora, tiempo y lugar) no pueda darse el control judicial, es el que ya no puede justificarse o tener cabida, dado que dentro de este sistema todos los días y las horas son hábiles y que se pueden incluso utilizar medios electrónicos para agilizar los trámites.

Respecto de las medidas cautelares, las encontramos normadas de los artículos 153 al 182. Para las salidas alternas y formas de terminación anticipada del proceso, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso, y el procedimiento abreviado, dicho registro deberá ser consultado por el Ministerio Público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna forma de solución alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso, reguladas del artículo 183 al 210.

Ahora bien, en lo que respecta ya al procedimiento propiamente, el artículo 211 especifica que constará de tres etapas:

I. **La de investigación:** que comprende dos fases: a) *la investigación inicial*, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación, y la de b) *investigación complementaria*, que comprende desde la formulación de imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

II. **La intermedia o de preparación a juicio:** que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura a juicio oral, y

III. **La de juicio:** que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el tribunal de enjuiciamiento.

Las disposiciones comunes a la etapa de investigación se encuentran contempladas de los artículos 212 al 220, del 221 al 226 las formas para iniciar una investigación donde encontramos la denuncia, la querrela y la delación. Del 227 al 252, las técnicas de investigación con que se cuentan en el proceso y del 253 al 258 con las formas de

terminación de la investigación dentro de los cuales destacan los criterios de oportunidad con que cuenta el Ministerio Público.

Los datos de prueba, medios de prueba y pruebas, se encuentran reguladas de los artículos 259 al 265. Los actos de investigación del 266 al 306, incluida la prueba anticipada.

La audiencia inicial del artículo 307 al 332, la intermedia del 334 al 347 y la de juicio del 348 al 355. Las disposiciones generales sobre la prueba se encuentran contenidos de los artículos 356 al 399; y respecto de la deliberación, el fallo y la sentencia del 400 al 413.

También se contempla un apartado especial para el procedimiento para personas inimputables del artículo 414 al 419; incluido los procedimientos especiales para pueblos y comunidades indígenas en el 420, para personas jurídicas del artículo 421 al 425; así como la acción penal por particular de los artículos 426 al 432.

Otro de los apartados que encontramos, es el relativo a la asistencia jurídica internacional que va del artículo 433 al 455, en correspondencia con los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano y que son de aplicación obligatoria en el país.

Los recursos contemplados en la legislación se encuentran a partir del artículo 456 al 484, en donde se establece expresamente que solo se admitirán la revocación y la apelación, y por último; el reconocimiento de inocencia del sentenciado y la anulación de sentencia previsto en los artículos 485 al 487.

Sin lugar a dudas esta unificación del procedimiento penal, permitirá a las entidades homologar las prácticas durante el proceso, porque hasta antes de esta codificación, cada Entidad era autónoma en cuanto a su regulación y por ello, había serias diferencias en cuanto a implementación y aplicación.

5. Bibliografía

Obras generales

ADATO GREEN, Victoria, "Derechos de los detenidos y sujetos a proceso", Cámara de Diputados, LVIII legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

CASTRO V, Juventino, "Hacia el sistema judicial mexicano del siglo XXI, México, Porrúa, 2000.

CONSTANTINO RIVERA, Camilo, "Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio (juicios orales)", 5° ed., Flores editores, México, 2012.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Negrete Morayta, Alejandra, "El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", México, Consejo de la Judicatura Federal, Jornadas sobre derecho procesal, 2012.
- GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, "Manual práctico del juicio oral", 2° ed., México, UBIJUS, 2012.
- KELSEN, Hans, "¿Qué es la justicia?", 16° reimpresión, México, Fontamara, 2004.
- SOBERANES DÍEZ, José María, "Manual de teoría del proceso, perspectiva constitucional", México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- STEINER, Christian y URIBE Patricia (Coord.), "Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada", Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014.
- VALADEZ DÍAZ, Manuel, et al., "Diccionario práctico del juicio oral", México, UBIJUS, 2011.
- Constitución Política Concordada", Compilación de amparo y penal federal, México, 34° ed., Carro editorial, 2012.

Leyes y criterios jurisprudenciales

- Código Nacional de Procedimientos Penales", Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- "Diario Oficial de la Federación", Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 10 de junio de 2011, véase en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011
- "Ley sobre la celebración de tratados", Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Tesis, (10ª.). Amparo en revisión 216/2013. 12 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. Esta tesis se publicó el viernes 11 de julio de 2014 a las 8:25 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Decima época, Primera Sala, Materia: Penal, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I.

Tesis de jurisprudencia 11/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil catorce. Esta tesis se publicó el viernes 28 de febrero de 2014, a las 11:02 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 03 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013, véase en, <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

Tesis: 1a. CCLII/2015 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Amparo directo en revisión 3506/2014. 3 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Los Ministros Zaldívar, Pardo, Sánchez Cordero y Gutiérrez, reservaron su derecho para formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Esta tesis se publicó el viernes 28 de agosto de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Véase en <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

La imposición y judicialización de la medida cautelar de prisión provisional: Del inquisitivo al acusatorio. Modificaciones impostergables en el proceso penal cubano

DR. CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ*

“... en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la de la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos; porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo.”

Cesare Bonesa, marqués de Beccaria

De los delitos y de las penas.

Ed, Alianza S.A, Madrid, 1968, p. 82.

Sumario

1. Introducción
2. Una mirada a la historia, pasando por la actualidad procesal de la cuestión en Cuba
3. La naturaleza jurídica - procesal de la prisión provisional y el estado jurídico de inocencia
4. Los presupuestos legales para imponer la prisión provisional y las problemáticas que se presentan en el sistema procesal cubano a) Indicios racionales relativos al hecho y a la responsabilidad penal. b) La gravedad del delito y la pena que se espera, como resultado del procedimiento. c) La alarma social y la frecuencia en la comisión de delitos. d) El peligro procesal y la obstaculización de la actividad probatoria. e) La conducta del sujeto y la *favor libertatis*; presupuestos de excarcelación
5. El plazo razonable de la prisión preventiva. Términos y permanencia
6. Órganos facultados. La necesaria intervención del juez natural
7. Razones para el cambio y propuestas de *lege ferenda*
8. Conclusiones

* Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. mejias@lex.uh.cu

1. Introducción

El título de este artículo, pudiera originar preocupaciones al lector y casi seguro provocará de forma inmediata e instintiva varios interrogantes a las que debemos anticiparnos y ab *initio* esclarecer. Quizá lo más llamativo, puede ser el cuestionamiento si el sistema de enjuiciar en Cuba es de corte inquisitivo puro y no mixto o inquisitivo reformado como muchos autores estiman. Lo cierto es que la doctrina nacional mayoritaria le ha llamado “mixto” por la presencia de dos etapas procesales, una de ellas de corte inquisitivo – en cuyo ámbito se encuentra la prisión provisional – y otra etapa donde prevalecen los criterios del sistema acusatorio¹.

Del título cabe entender también, como hace unos años afirmó Jorge Bodes, que el sistema de enjuiciar, aunque es un factor que influye, no es esencialmente determinante en cuanto al mantenimiento en prisión provisional del acusado², planteamiento de este autor, que quizá estuvo imbuido por el carácter axiológico que alcanza la toma de la decisión sobre la medida cautelar, unido a la política criminal de los Estados que promueven en cada momento histórico, un mayor o menor uso de la justicia penal y la prisión; lo cuestión que se constata en la actualidad con variados ejemplos demostrativos de que no ha sido la invocación al sistema procesal en los códigos procesales modernos, el que resuelve las problemáticas que la prisión provisional plantea.

Sin embargo, ya no hay dudas de que la norma procesal es el reflejo del sistema de enjuiciar y en la medida en que sus componentes legales exijan determinadas, garantías, deberes, obligaciones, requisitos, presupuestos y prerrogativas a sus intervinientes y muy especialmente a las partes; el intérprete y operario del sistema, estará en mejores condiciones de aplicar con racionalidad y objetividad la medida cautelar que como reiteraremos a instantes en este trabajo, es la que más afecta los consabidos derechos individuales.

¹ MENDOZA DÍAZ, Juan y Laura, GONZALEZ CHAU, “La audiencia preliminar, una efectiva contribución al principio acusatorio”, En: Perspectiva del Sistema penal acusatorio en Europa y Latinoamérica, Coordinadores: Gonzalo Armienta Hernández y Mayda Goite Pierre, Editorial Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2012, p. 112.

² BODES TORRES, Jorge, *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 212.

El tema no es pacífico. Uno de los aspectos más deficitarios del discurso jurídico- penal en Latinoamérica está constituido por el encarcelamiento preventivo, institución problemática que plantea disfunciones marcadas entre la norma y la realidad; bastaría con observar las cifras de los llamados “presos sin condena”³ para percatarnos de que aun los países de la región que han asumido el sistema acusatorio de enjuiciar; la libertad como valor y garantía de los derechos fundamentales sigue siendo vulnerada⁴.

En Cuba ciertamente no se presenta una situación alarmante con relación a los detenidos en espera de juicio gracias a una política de celeridad de los asuntos penales con sujetos en ese *status* y también al llamado “flujo carcelario”, que evita el hacinamiento de detenidos en los centros penitenciarios. Sin embargo, tanto en el gremio como en las instituciones y la ciudadanía, se objeta el uso desmedido de la prisión preventiva, entendida a veces como una finalidad represiva y

³ Al respecto ver los informes periódicos sobre la situación carcelaria en los países latinoamericanos elaborados por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), Costa Rica. Investigaciones realizadas recientemente demuestran que: “El caso de los presos y presas sin condena era y continúa en gran medida siendo dramático e irónico, por cuanto un porcentaje importante de estas personas luego de permanecer mucho tiempo en prisión terminan sobreesídas o absueltas. Otro alto porcentaje al momento de la condena son puestas de inmediato en libertad pues han permanecido en prisión preventiva tanto o más tiempo que el que les corresponde por la sentencia. Se invierten entonces las etapas del proceso, ya que durante la instrucción y el período de presunción de inocencia son encarceladas, y al momento de ser condenadas a prisión son puestas en libertad”. CARRANZA, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?”, Disponible en: www.anuariodch.uchile.cl Consultada el 6/2/2015, a las 18.00.

⁴ América Latina, el promedio de presos sin condena o de sindicados sometidos a detención preventiva sin definición de su situación jurídica supera el 75% de la población reclusa. CARRILLO Flores, Fernando. *Los retos de la reforma de la justicia en América Latina*, En: *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Editorial Corporación Excelencia en la Justicia, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 39.

no precautoria de los órganos de persecución del delito e investigación criminal⁵.

En este sentido, pudiéramos decir, que la discusión se ha enfocado en los tres asuntos que en este trabajo traemos igualmente a discusión: las razones que justifican la medida cautelar de prisión provisional, los términos razonables de permanencia y la pertinencia del órgano facultado para su imposición.

Si optamos, como parece ser, en darle un viraje al actual sistema de enjuiciar, hacia el acusatorio, ello requerirá la eliminación de un grupo de limitaciones sobre las medidas coactivas en el proceso, algunas de ellas, propias del sistema inquisitivo y que han sido arrastradas por los procesos penales de corte mixto, entre ellas: la declaración del acusado como un medio de prueba y no como un medio de defensa; la condición del acusado como parte procesal; la participación tardía del abogado defensor en el proceso; la secretividad de las actuaciones y la prevalencia del aseguramiento y no la libertad del imputado mientras dure el proceso; cuyos rasgos indican la presunción de culpabilidad y no la presunción de inocencia como derecho y criterio informador del debido proceso penal⁶.

⁵ Planteamientos como los de Candia refieren que es necesario dotar de mayores garantías el procedimiento para el aseguramiento del acusado y, en especial, para la imposición de la medida cautelar de prisión provisional, que no debe mantener su lugar como medida de aseguramiento personal por excelencia. CANDIA FERREYRA, José, "Instituciones Procesales Penales Reflexiones Sobre Su Modernización en Cuba", Conferencia dictada en VII Congreso de La Sociedad Cubana de Ciencias Penales, La Habana, 2007. Otros como NÚÑEZ Y HERRERA, han referido que una modernización de la legislación procesal penal debería incluir una limitación y condicionamiento de los términos para la imposición y sostenimiento de la medida cautelar de prisión provisional, incluyendo un control judicial, HERRERA GANDOL, Dimas y Enrique NÚÑEZ GRILLO, "El debido proceso penal como garantía de la defensa de los intereses sociales y de los individuales de la víctima y del acusado", En: Derecho y litigios penales, Abogacía y Derecho: gestión de conflictos jurídicos, Coordinado por Ariel Mantecón Ramos, Vol. 1, Editorial Ediciones ONBC, Habana, 2013, p. 43.

⁶ El principio de presunción de inocencia representa una de las características más significativas del derecho procesal penal y del actual modelo del debido proceso. JAEN Vallejo, Manuel. *Derechos fundamentales*

Es sabido que no es nada fácil resolver la tensión resultante y encontrar un equilibrio aceptable entre los factores pragmáticos e ideológicos que producen la insatisfacción de los esquemas e instrumentos procesales existentes, sin embargo no basta con una imagen procesal garantista si sus instituciones y operadores del sistema de justicia penal, no adoptan tales posturas, como tampoco será suficiente la norma procesal penal, sino viene acompañada de pautas deónticas, ideales políticos y conceptos jurídicos que justifiquen la detención y la puesta en prisión del infractor.

2. Una mirada a la historia, pasando por la actualidad procesal de la cuestión en Cuba

La historia de la prisión cautelar del imputado a la espera de juicio está estrechamente vinculada con la presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión, siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Mientras en Roma se llegó tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventiva, en la Edad Media; con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente en la disponibilidad del cuerpo del acusado para obtener la confesión *per tormenta*

La prisión preventiva perdió prestigio en la época de la Ilustración con el redescubrimiento del proceso acusatorio; sin embargo la mayoría de los estudiosos siguieron justificándola, cual si se tratara de una "injusticia necesaria", y llegado el fascismo, al tenerse en cuenta que la libertad individual era una concesión que el Estado hacía al individuo en relación y subordinación al interés social, como todos los derechos individuales de ese momento, también la libertad fue una concesión estatal y podía quitársele cuando ese interés así lo aconsejara.⁷

y debido proceso, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Editorial Servicios Gráficos de Nicaragua, 2009, p. 17.

⁷ SARRULLE, Oscar Emilio, *La Crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal (Abolicionismo o Justificación)*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 22

Con el decursar del tiempo y desde otra perspectiva, el Estado Liberal de Derecho, ha pretendido justificar la prisión preventiva dado el peligro que se advierte en la alteración de la prueba y el riesgo de fuga del imputado, definiéndose así como una institución procesal de naturaleza cautelar, que aún no alcanza a insuflarse con la suficiente legitimidad que amerita.

En Cuba la primera norma procesal orgánica que entró en vigor fue la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1889 (LECRIM)⁸, la que producto de las beligerancias propias de la guerra de independencia hispano-cubana, unos años después estuvo acompañada por la Ley Procesal de Cuba en Armas de 1896, que también contempló aspectos vinculados a la detención y el aseguramiento⁹. Posteriormente la LECRIM sufrió algunas modificaciones que le fueron hechas por el gobierno interventor de los Estados Unidos de América, por gobiernos de la etapa republicana¹⁰ y en a partir de 1958 por el

⁸ *Vid*, BODES, TORRES, Jorge, *op. cit.*, p. 30. La Ley de Enjuiciamiento Criminal fue promulgada en España por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; posteriormente por el también Real Decreto de 19 de Octubre de 1888, se hizo extensiva a Cuba y a Puerto Rico, con algunas modificaciones, y comenzó a regir el 1ro de enero de 1889, coincidiendo con la puesta en funcionamiento de las audiencias de lo criminal.

⁹ *Ídem*, p. 35. Este texto procesal considerado “genuinamente criollo”, exponía que en auto de procesamiento, se debía resolver también sobre la libertad o prisión preventiva del acusado y solo se admitía como medida cautelar la prisión preventiva, que de no imponerse este quedaba en libertad.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 30-63. En el periodo del 1898 al 1902 se dictaron las órdenes militares No 152/1900 y la No 213/1900, estableciendo requisitos y prerrogativas para dictar la prisión provisional. Más tarde en el año 1933, por el Decreto Ley No 3 se le adiciona al artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que extendió la aplicación a varios delitos la prisión provisional y en el mismo tenor el Decreto Ley No 51 y el No 292 ambos de 1934, el Decreto Ley No 491 de 1934 hasta que con la Constitución de 1940 las medidas de detención y aseguramiento adquieren rango constitucional. El 15 de Noviembre de 1948 entra en vigor la Ley No 5 conocida como “Ley contra el Gansterismo” que excluyo de fianza a personas acusadas por delitos de portación y tenencia de armas y explosivos y con total menosprecio a las leyes procesales vigentes, la tiranía batistiana promulgó el Decreto Ley 12 73 de 1954, obligando a los tribunales de urgencia a imponer la prisión provisional en todos los delitos que fuesen de su

gobierno revolucionario, hasta que el primero de enero de 1974, mediante la Ley No 1251 de 1973 entró en vigor la Ley procedimiento penal¹¹ y llegado el año 1977 fue sancionada la vigente Ley No 5, que hasta el presente ha sufrido modificaciones mediante los Decretos – Leyes No 87 de 1985; el No 128 de 1991; el No 151 de 1994, el No 208 de 2000 y el No 310 del 2013.

Comentando sobre las notas más importante que han tenido estas leyes en lo relativo a la prisión preventiva, pudiéramos decir que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempló como presupuestos para disponer la prisión provisional: la existencia de un hecho que presentase caracteres de delito y razones bastantes para creer responsable criminalmente al presunto culpable e incluía en positivo las razones a tener en cuenta para no adoptar esa decisión, como los buenos antecedentes de conducta, inexistencia de indicios sobre evasión de la justicia, que el delito no haya producido alarma, ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio¹². Estos presupuestos fueron trasladados sin cambio alguno a la Ley 1251 y es con la promulgación de la actual Ley No 5 que se modifican los requisitos y motivos para decretar la prisión al inculpado en la etapa inicial en la intermedia o llegado el momento del juicio oral.

Durante los años en que la prisión provisional era aprobada por tribunales de justicia, su imposición estuvo condicionada al contexto y las circunstancias que en la sociedad cubana se fueron presentando; con vaivenes de disminución y aumento de las cifras de acusados en prisión preventiva y donde la racionalidad y prudencia en su

competencia. En los primeros años de la Revolución cubana se dictaron también varias normas que contemplaron tramites y prerrogativas para imponer la prisión provisional como lo fueron las Leyes No 425, No 546 y No 634 de 1959 y las No 858 de 1960, la No 925 de 1961, la No 1033 de 1962 y la Ley No 1098 de 1963.

¹¹ *Ibidem*. p. 67. El cambio más importante que se produce con esta ley es la decisión colegiada con celebración de una vista oral del tribunal y la eliminación de la decisión del juez unipersonal en la imposición de la medida cautelar.

¹² RIVERO GARCÍA, Danilo, “La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los tribunales cubanos”, En: Los tribunales en Cuba, pasado y actualidad, Coordinador: Yumil Rodríguez Fernández, Editorial Ediciones ONBC, La Habana, 2013, p. 274.

imposición, no siempre armonizaron con coherencia y sistematicidad la política penal y criminal. Así ocurrió con las disposiciones emitidas por el tribunal superior a finales de la década del 70 y luego las orientadas en los años 80. En el año 1977 hubo una política de aplicación mesurada¹³ y luego en el año 1985 se instruyó a los Tribunales y a la Fiscalía a tener en cuenta varios elementos para la imposición de la prisión provisional, con el propósito de que se redujera al máximo posible el número de acusados que guardaban esta medida cautelar.

Hay que decir que en cada época y en cada caso, la política criminal no difirió con la exigencia del debido respecto a los principios, derechos y garantías los fundamentales, orientando individualizar la imposición de la medida cautelar, atendiendo a los antecedentes personales del acusado y su conducta; que el hecho cometido haya producido alarma o que el delito sea de los que se comete con frecuencia en el territorio entre otros presupuestos¹⁴. Igualmente las orientaciones

¹³ NA: La Instrucción No. 64 de 30 de junio de 1977 dictada por Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, requirió a los tribunales para una revisión inmediata de todos los procesos que cursen ante ellos en que se haya dictado resolución disponiendo la prisión provisional del acusado o acusados, y procederán a reconsiderar dicha medida, dejándola sin efecto, sustituyéndola por otra de menor rigor, o ratificando la prisión, con sujeción a varias reglas, enumerándose los delitos en los que procedía su imposición.

¹⁴ TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, Boletín del Tribunal supremo Popular, Edición Extraordinaria, 1985, p.68. La instrucción 118 de 15 de Marzo de 1985 establecía: inciso a) se considera que el acusado posee buenos antecedentes personales y observa buena conducta, cuando reuniendo las cualidades comunes del ciudadano respetuoso de la legalidad socialista, cumplidor de sus deberes y de las normas de convivencia social, no haya sido sancionado a privación de libertad por delito intencional o sujeto a una medida de seguridad de tentativa ni advertido oficialmente en tres oportunidades, sin exigir requisitos de superior comportamiento. En los casos en que el acusado hubiere sido anteriormente sancionado o sujeto a una medida de seguridad detentiva o advertido oficialmente en tres o más ocasiones, deberá tenerse en cuenta, a los efectos de considerar que no posee buenos antecedentes o no observa buena conducta, la naturaleza y gravedad del delito cometido anteriormente, la existencia o no de intencionalidad, el tiempo transcurrido y la conducta social mantenida a partir

y disposiciones sobre este tema, han dirigido su mirada al tipo de criminalidad y consecuentemente se ha hecho referencia a los delitos en los que es oportuno imponer sin miramientos esta medida¹⁵, bajo la observación de que la peligrosidad del delito estaba determinada por el legislador y no era prudente que el juzgador hiciera valoraciones previas¹⁶. Ello también ocurrió a finales del año 1990 en que varios acontecimientos políticos económicos y sociales, llevaron a los órganos

de la extinción de la sanción impuesta, del cumplimiento de la medida de seguridad o de las advertencias oficiales; inciso b) b) se entiende que el delito ha producido alarma cuando el hecho, por su connotación social, ha originado inquietud en el medio en que tiene lugar, o concitado generalizada y justificada repulsa y animadversión o temor a que se infiere un daño, en la esfera social más inmediata al hecho y con trascendencia suficiente para exigir medidas contra el autor; inciso c) se estima que un delito se comete con frecuencia si, durante un período, su incidencia es proporcionalmente superior, en forma apreciable respecto a la media nacional, o si se origina un brusco aumento de ésta. A esos efectos se tomará en consideración la información oficial sobre la estadística judicial y la que al respecto brinde el Ministerio del Interior; y el inciso ch) se entiende que un acusado tratará de evadir la acción de la justicia, si carece de documentos de identidad o los ha falsificado, no posee domicilio reconocido, o si después de perpetrado el delito se dio a la fuga, se ocultó de las autoridades o destruyó las pruebas de su acción, o trató de hacerlo.

¹⁵ *Ídem*, El 28 de Mayo de 1985, el Tribunal Supremo resolvió mediante el Dictamen número 229, ordenando a los tribunales inferiores que con respecto a los delitos contemplados en el up supra apartado 3 de la Instrucción 118 del Consejo de Gobierno, estos no tenían facultades para acordar otra medida cautelar que no fuere la de prisión provisional.

¹⁶ *Ibidem*, Al respecto se pronunció el tribunal decretando que "... podrá disponerse la medida de prisión provisional cuando concurren las circunstancias que exige la Ley de Procedimiento Penal y se considere necesario de acuerdo con la gravedad del hecho cometido cuando se trate de alguno de los siguientes delitos: homicidio en ocasión de conducir vehículos por la vía pública, en estado de embriaguez alcohólica o con abandono de la víctima; drogas; juegos prohibidos, en las modalidades previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 251 del Código Penal; homicidio intencional; lesiones graves intencionales que produzcan mutilación, deformación o incapacidad permanente; violación consumado; abusos lascivos consumados, cuando se trate de un hecho especialmente grave; hurto en las modalidades de carterismo o en vivienda habitada; robo con violencia o

de enfrentamiento al delito y al órgano jurisdiccional a tomar medidas de encarcelamiento anticipado¹⁷.

Estas indicaciones sobre los delitos en los que era prudente aplicar la medida de prisión provisional, aun y cuando están legitimadas por mandato constitucional¹⁸, tampoco limitaron las facultades e independencia en la toma de la decisión de los jueces, aunque no dejaron de ser riesgosas por el mimetismo que en oportunidades originan las orientaciones jerárquicas y es seguro que haya provocado confusiones en los planos del razonamiento y la argumentación judicial, elementos que constituyen la base de cualquier decisión jurisdiccional.

Todo ello debe servir de experiencia, puesto que la simplificación en el análisis que origina la decisión de imponer una medida cautelar, puede terminar afirmando que: “cuando el delito es grave, la presunción de inocencia no opera” o como expresara Sarrulle ante “... el impacto social de la disconduca se justifica una renuncia a la racionalidad del derecho”¹⁹.

Un correlato final sobre el contenido normativo actual, sitúa lo concerniente a la detención y aseguramiento del imputado en el título IV de la mencionada Ley No 5 de 1977, estableciendo las facultades, formalidades y atribuciones que deben y tienen que acontecer, prever y disponer los sujetos y partes procesales para decretar, imponer y modificar las medida cautelar de prisión provisional.

En este tracto histórico hay que destacar muy especialmente, la modificación que sufrió la Ley procesal actual en el año 1994 con la

intimidación en las personas; y malversación intencional del apartado 2 del artículo 396 del Código Penal.

¹⁷ NA: La Instrucción número 137, de 1 de noviembre de 1990 del Tribunal Supremo fue dictada como parte de la política criminal que primó en el llamado “periodo especial”; emitiéndose indicaciones de adopción de la prisión provisional a los imputados por la comisión de delitos graves.

¹⁸ NA: El artículo 121 de la Constitución de la República faculta al Tribunal Supremo Popular, para a través de su Consejo de Gobierno, ejerza la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, tomar decisiones y dictar normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales y sobre la base de la experiencia de estos, impartir instrucciones de carácter obligatorio de establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación de la Ley.

¹⁹ SARRULLE, Oscar Emilio, *op. cit.*, p. 25.

implementación del Decreto Ley 151 que como más adelante veremos eliminó el control judicial sobre el aseguramiento del acusado, quedando ésta a la libre decisión del Ministerio Público, cuyas prerrogativas legales se mantienen.

Derivado del artículo 58 de la Constitución de la República, el artículo 241 de la citada norma procesal repite la garantía de que nadie puede ser detenido sino en los casos y con las formalidades que las leyes prescriben y los artículos 245 en su inciso 2 y el 246, también en el inciso 2; facultan a la policía y al instructor – según corresponda y en dependencia de la competencia del asunto - para decretar las medidas cautelares previstas en la norma procesal²⁰, excepto la de prisión provisional que siempre estará a cargo del fiscal.

3. La naturaleza jurídica - procesal de la prisión provisional y el estado jurídico de inocencia

Aparentemente, la más notoria contradicción entre el principio o estado jurídico de inocencia y la realidad procesal se da en torno a las medidas de coerción personal a que está sujeto el imputado. En efecto, durante mucho tiempo imperó la regla de comparecencia del justiciable al proceso en estado de privación de libertad a través de la detención, convertida en prisión preventiva al darse determinados presupuestos formales (recepción de la indagatoria) y sustanciales (ocurrencia del hecho, probabilidad de responsabilidad en el mismo del procesado y relación con figura penal sustantiva con pena privativa de libertad). De hecho, esto significa que primero se imponía la pena (aunque el título jurídico fuese diferente) en una suerte de reacción inmediata y luego se desarrollaba la secuencia procesal para determinar si, en definitiva, correspondía.

Tal situación se agravaba por la desmesurada duración de las causas, en las que el pronunciamiento final aparecía como una especie de revisión de lo actuado para convalidar lo anterior, dándose con

²⁰ NA: El Artículo 255 señala: Además de la prisión provisional, las medidas cautelares que esta Ley autoriza son: 1) Fianza en efectivo; 2) fianza moral por la empresa o entidad donde trabaje el acusado o el sindicato u otra organización social o de masas a que pertenezca; 3) reclusión domiciliaria; 4) obligación contraída en acta de presentarse periódicamente ante la autoridad que se señale.

frecuencia casos en que el imputado agotaba en prisión preventiva el tiempo de privación de libertad que le correspondía por la condena. Se generó así el grave fenómeno conocido como los “presos sin condenas”, que a más de contrariar los fines proclamados, constituye un verdadero escándalo irracional sin justificación. Afortunadamente, aunque falte mucho por avanzar sobre el tema, bastante se ha mejorado y puede ahora pensarse que la regla la constituye el estado de libertad y la excepción la privación cautelar.

De todas maneras, es obvio que son muchas los procesos penales que comienzan con detención y se extienden durante considerable tiempo con el imputado en prisión preventiva, lo que lleva a que se mantenga en pie la contradicción entre el proclamado estado de inocencia y la privación de libertad sobre quien todavía no ha sido hallado culpable.

En lo que respecta a su naturaleza, tratándose de una medida coercitiva²¹, cautelar y de aseguramiento²², algunos autores postulan que la prisión provisional tiene una función aseguradora en relación con la ejecución de la sentencia, en tanto otros sostienen que su función, además de la anterior, es la de asegurar la presencia del imputado al trámite procesal, a fin de que este no se sustraiga de la acción de la justicia o perjudique la actividad probatoria²³.

Gimeno Sendra entiende la prisión preventiva o provisional, como la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al llamado de la celebración del juicio oral.²⁴

²¹ CLARIA, OLMEDO, Jorge. A., *Derecho procesal penal*, Tomo II, Editorial Rubinzal, Argentina, p. 352. “Las medidas cautelares son de naturaleza coercitiva, en tanto afectan derechos fundamentales, de forma limitada....”

²² ORTELLS, RAMOS, Manuel, “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, *Revista Jurídica de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1978, p. 445.

²³ SALAS BETETA, Christian, “El proceso penal común”, *Gaceta Jurídica*, Lima, p. 178.

²⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 524.

Para Sánchez Velarde, esta medida tiene como característica fundamental su instrumentalidad, está vinculada y existe en función del proceso penal, dirigida a asegurar, la eventual sentencia condenatoria; impedir actuaciones obstruccionistas del imputado en relación a la actividad probatoria y evitar que el imputado incurra en hechos punibles similares²⁵.

La única justificación para llegar a la privación provisional de la libertad ambulatoria, como dice Vázquez Rossi, puede encontrarse en la función estatal de “asegurar la justicia”, lo que lleva a implementar medios asegurativos de la comparecencia del imputado al proceso, apareciendo la prisión preventiva como el último recurso en una escala racional de medidas coercitivas cuyo enfoque y tratamiento debe hacerse dentro del esquema de las medidas cautelares²⁶.

4. Los presupuestos legales para imponer la prisión provisional y las problemáticas que se presentan en el sistema procesal cubano

a) Indicios racionales relativos al hecho y a la responsabilidad penal

En el artículo 252 de la Ley de Procedimiento Penal, reza que procede la prisión provisional, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- 1) Que conste de las actuaciones la existencia de un hecho que revista caracteres de delito;
- 2) Que aparezcan motivos bastantes para suponer responsable penalmente del delito al acusado, independientemente de la extensión y calidad de la prueba que se requiere para que el Tribunal pueda formar su convicción en el acto de dictar sentencia.

²⁵ SANCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2009, p. 324.

²⁶ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, “Las medidas cautelares en el proceso penal”, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, vol. 2, No 3, Argentina, 1991.

Los pronunciamientos legales de la Ley procesal cubana son también muy frecuentes en los códigos y leyes procesales de la región²⁷. De esta manera rige el conocido *fomus bonis iuris*, que orienta la presencia de fundados y graves elementos para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de este²⁸.

Como regla la prisión se acuerda cuando existan motivos suficientes de incriminación a partir de la detección de un hecho penal punible e indicios racionales de culpabilidad, los cuales darían también lugar al procesamiento. Esto nos lleva a dos cuestiones ampliamente discutidas por la doctrina procesalista: la necesidad o no de un procesamiento previo para decretar la prisión acordada y en segundo término el alcance de los elementos probatorios que indefectiblemente determinen una conducta antijurídica en una etapa tan temprana como aquella en la que se produce la detención.

En todo caso, cualquier fundamento es presuntivo y bastará con un mínimo de elementos que demuestren tras la noticia del crimen que el detenido es el presunto responsable de un hecho que reúne las características de un delito. En tal sentido el órgano que decrete la medida, deberá fundamentar su decisión haciendo alusión razonada sobre la atribución del hecho punible a una persona, así como los suficientes elementos de esta convicción.

Viada, basándose en los fines de prevención aseguró que solamente existiendo un delito y motivos bastantes para creer que una persona responsable, pudiera pensarse para tomar las medidas asegurativas sobre la misma, cuando lo cierto es que deben concurrir otros presupuestos o circunstancias, al menos para decretarse la prisión, como son: la cantidad de pena señalada para el delito; las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado; que haya motivos de fuga o la evitación de que el imputado cometa otros delitos²⁹.

²⁷ NA: Al respecto se puede ver el Artículo 140 Ley 20253, D.O. del Código Procesal de Chile de 14.03.2008; también el artículo 259 del Código Procesal de Guatemala, por solo citar dos ejemplos.

²⁸ SALAS BETETA, Christian, *op. cit.*, p. 187.

²⁹ VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, Carlos, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1989, p. 261.

La presencia de esta formalidad como presupuesto para adoptar la medida cautelar de prisión, que identifica la presencia de un delito y su responsable; es una garantía procesal en un Estado de Derecho, en aras de evitar arbitrariedades y decisiones inquisitivas. Su valor está, precisamente en dejar sentado en la norma procedimental los motivos y razones que indican restringir la libertad de un imputado que presuntamente – sin aun tener precisada su culpabilidad - ha realizado una conducta típica, antijurídica y punible.

b) La gravedad del delito y la pena que se espera, como resultado del procedimiento

Algunos autores como Burgos Mariños, han abogado por la supresión del presupuesto de gravedad de la pena, por atentar contra un principio rector que informa el debido proceso, como es la presunción de inocencia, además de constituir un rezago del sistema inquisitivo³⁰.

Se trata, como recuerda críticamente Ferrajoli, de un criterio que promueve la utilización de la prisión preventiva como “...instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”. El mismo autor afirma que “... tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida procesal o ‘cautelar y, en consecuencia, no penal, en lugar de una ilegítima “pena sin juicio”³¹.

Sin dudas la gravedad de la pena constituye un elemento de mucha carga subjetiva que no podría vaticinarse a comienzos del procedimiento, pues las circunstancias valorativas que rodearon al hecho punible trascenderán en etapas posteriores, cuando se realice la actividad probatoria, no antes, a menos que el imputado haya sido aprehendido en flagrancia, y se cuenten con los elementos de juicio

³⁰ BURGOS MARIÑOS, Víctor. *Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Palestra, Lima, 2005, pp. 67–68.

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 553.

para formar una reflexión de esta naturaleza en la etapa preliminar del procedimiento.

Cabe advertir que al modificarse las razones que en un principio podrían presagiar una sanción punitiva grave, ya en el transcurso del procedimiento, la medida de coerción podría ser legalmente variada por el juzgador, por lo que los primeros elementos que se recojan para adoptar la prisión preventiva, no son de ningún modo definitivos y concluyentes como para estimar cerradamente una sanción determinada.

Algunos códigos procesales, han introducido prohibiciones excarcelatorias para ciertos delitos o atendiendo a la *prognosis* de la pena, referida a la cualidad y cantidad de la pena dispuesta para el presunto delito cometido³². En las legislaciones procesales cubanas siempre han estado presente el criterio de la gravedad del delito y consecuentemente de la pena. En el artículo 503 de la LECRIM se establecía para ciertos delitos, la exclusión de la fianza, la que implicaba de manera invariable se dispusiera la prisión provisional a los acusados; y en el artículo 60 de la Ley Procesal de Cuba en Armas se estableció que la prisión preventiva necesariamente la guardarían los procesados a quienes la ley señalaba la pena de muerte o degradación pública³³.

En la actual Ley No 5 se observa una contradicción entre la detención y el aseguramiento que debe ser superada en futuras modi-

³² Puede verse en el artículo 261 del Código procesal de Perú el que establece que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de privación de libertad. SALAS, BETETA, Christian, *op. cit.*, p. 187. El Código procesal Chileno señala la adopción de prisión preventiva cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra (Ley No 20253/2005, Art. 2. No 7); mientras que el Código procesal de Guatemala regula en el artículo 261 que en delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad y que no o se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción. (Decreto Numero 51-92.) Por último el art. 227 del Código Procesal penal de república Dominicana establece que para la imposición de la medida cautelar se tendrá en cuenta que la infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad. CPPRD, 2002.

³³ BODES TORRES, Jorge, *op. cit.*, pp. 34-35.

ficaciones, pues de una parte el artículo 243 obliga a la autoridad o agente de la policía a detener al acusado por un delito contra la seguridad del Estado o cuya sanción imponible sea superior a seis años de privación de libertad; sin embargo, respecto al aseguramiento, el legislador no hizo pronunciamientos sobre límites de sanción para decretar la medida cautelar de prisión, refiriendo solo en el artículo 258, la exclusión del beneficio de gozar de libertad provisional bajo fianza a los acusados por delitos contra la seguridad del Estado y en aquellos para los cuales la Ley establece la sanción de muerte o la máxima de privación de libertad; lo cual ha traído consigo, que en la praxis jurídica por cualquier delito - sea grave o no - y sin importar la cantidad de pena prevista para la figura delictiva, se pueda imponer prisión provisional. Esta dicotomía se resolvería determinando - entre otros supuestos - un límite mínimo de pena, que a partir de ella autorice la prisión provisional.

c) La alarma social y la frecuencia en la comisión de delitos

En los numerales primero y segundo del artículo 253 de la Ley No 5, se recoge la prohibición de adoptar medidas no detentivas cuando el delito que se le imputa al presunto responsable haya producido alarma o cuando el delito sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia o municipio.

La doctrina, la política criminal y la jurisprudencia se han ocupado de la llamada alarma social provocada por el delito cometido, como un presupuesto de aplicabilidad de la medida cautelar de prisión provisional. El Consejo de Estado de la República de Cuba, ocupado también por la medida coactiva de prisión, se pronunció sobre la alarma, mediante el Acuerdo de fecha 8 de marzo de 1985, definiéndola como el estado de inquietud que se traduce en una divulgación constante, generalizada, preocupada y crítica del hecho ocurrido³⁴.

El criterio preponderante de la doctrina es negar este, en tanto solo sirve a efectos de los fines preventivos de la pena, siendo cosa distinta que ese elemento sirva de integración del juicio de ponderación

³⁴ BODES TORRES, Jorge, *op. cit.*, p. 135.

que realizará el órgano facultado para decretar anticipadamente la prisión³⁵.

Mendoza por su parte entiende que no se puede desconocer en la realidad social latinoamericana y la reprobación de la ciudadanía hacia determinadas conductas y por ello evaluación nivel de alarma que el delito produce en el seno de una comunidad, por la magnitud del daño causado a las víctimas o a una colectividad, debe ser tenida en cuenta, incluso en Cuba, que aunque no existen situaciones de violencia colectiva contra infractores de la Ley penal, la tradición cultural del país lo aconsejan³⁶.

No creo que sea menester una confrontación entre estas posturas; solo me parece prudente evaluar el carácter subjetivo que tiene orientar una política penal atendiendo a una supuesta e inmedible connotación social, sin que ese estado alarmante esté justificado puntualmente en el proceso. También en estos tiempos, Latinoamérica esta imbuida de intereses mediáticos y es común las posturas del “populismo punitivo”, que proliferan con mucho desacierto en la región, unas veces por las masas, otras por los medios y no pocas veces también por los intereses políticos.

Por ello, entiendo que cualquiera que fuere la razón, las reglas coactivas relativas a la libertad deben ser fundadas, claras y precisas, con elementos demostrativos de las situaciones locales que resultan alarmantes, para de esta forma limitar a los poderes punitivos y evitar la inseguridad jurídica que también a la ciudadanía le provocan las decisiones atraídas por una aparente y eventual reacción social.

Caso similar es el análisis de la causal que se describe en el inciso 2 del artículo 253, referida a que el delito no sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia o municipio, como requisito para imponer otra medida cautelar que no sea la prisión provisional. En este supuesto el legislador ha recurrido a las estadísticas o a las cifras de la criminalidad como reflejo aparente

³⁵ MENDOZA DÍAZ, Juan, “Notas para una reforma del derecho a la defensa en el proceso penal cubano”, *El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI, en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*, Coordinador: Arnel Medina Cuenca, Editorial Ediciones ONBC, La Habana, 2014, p. 194.

³⁶ *Ídem.*

de un “estado de cosas”, que ameritan como parte de la prevención general evitar.

El citado Acuerdo del Consejo de Estado, se refirió también a la imposición de la prisión provisional tomando como presupuesto la frecuencia de la comisión de delitos en el territorio, cuya evaluación partía de las estadísticas delictivas registradas por los órganos judiciales, fiscales y policiales, en tanto – según el Acuerdo - estos datos y cifras se traducen en cierta intranquilidad social y genérica, por la reincidencia de esa conducta delictiva.

Este último presupuesto merece una reflexión como parte del estudio de las causales procesales que autorizan la prisión provisional. En primer orden la política criminal actuarial carece de legitimidad normativa y no puede ser el sustento de decisiones limitadoras de derechos individuales, en especial cuando es necesario, personalizar e individualizar la imposición de la prisión cautelar. En segundo lugar las cifras y datos estadísticos, quizá constituyan el referente de un estado de cosas, pero no siempre reflejan una realidad social; cuestión sustentada a contrapelo, por las cifras negras u ocultas de la delincuencia, zona oscura de la criminalidad en la que el número de delitos y delincuentes no han llegado a ser descubiertos o condenados, sea por inoperancia en la detección o por la falta de denuncia de las víctimas y perjudicados de delitos.

En todo caso las estadísticas pudieran servir en *bonam parte*, más para trazar medidas preventivas positivas que represivas. Como expresara Stegemann el cálculo actuarial, carente de valoración científica, solo ha servido para justificar los procesos de criminalización y el control social de los colectivos sociales y no de las personas en concreto³⁷.

De otra parte, si se estima prudente valorar la posibilidad de imponer la medida de prisión provisional por conjeturas probabilísticas o como un factor de riesgo como sucede con las estadísticas de la delincuencia, en un proceso penal de corte acusatorio debe ser rechazado como instrumento de aplicación de la justicia penal, puesto que bastaría saber que al estar la información casi siempre de manera confidencial o restringida, al alcance únicamente de los órganos de

³⁷ STEGEMANN DIETER, Mauricio, *Política Criminal Atuarial a criminología do fim da historia*, Editorial Revan, Brasil, 2013, p. 20.

la policía, la fiscalía y los tribunales, estas derivan también en desventaja para el acusado y la parte defensora que desconociendo esa información no pudieran objetar o contradecir la medida impuesta por esos motivos.

d) El peligro procesal y la obstaculización de la actividad probatoria

La Ley procesal cubana en el apartado tercero del artículo 253, hace referencia a la adopción de la prisión provisional cuando existan elementos suficientes para estimar fundadamente que el acusado tratará de evadir la acción de la justicia, como es el caso de persona que no tiene domicilio o centro laboral reconocidos, han tratado de huir en el momento de la detención, todo lo cual ha de entenderse como un peligro procesal.

El peligro procesal, como presupuesto de la prisión preventiva, es la medida que la fundamenta, la legitima, la avala y constituye el requisito más importante de ésta; por ende, su valoración debe estar basada en juicios certeros y válidos, que no admitan duda a la hora de mencionarlos, puesto que de lo contrario estaríamos afectando el bien jurídico más importante consagrado en la Constitución después de la vida, que es la libertad, en este caso del imputado.

El peligro procesal hace alusión al *periculum in mora*, que tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al órgano facultado de imponer la medida coactiva. El mismo, se ha constituido en un presupuesto de toda medida cautelar referente a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso derivados de la duración de su tramitación. Si la sentencia se dictara de modo inmediato es evidente que las medidas cautelares carecerían de fundamento y justificación; al no ser así, en ocasiones se impone la adopción de resoluciones que, en el fondo, vienen a anticipar los efectos materiales de la pena.

El *periculum in mora* desarrolla por tanto el riesgo de frustración y la peligrosidad procesal. El riesgo de frustración es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de proseguir dicho proceso y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad.

A saber son dos los peligros considerados autónomamente que las leyes reconocen³⁸: el “peligro de fuga” y el “peligro de obstaculización”. El primer peligro, se traduce en la función cautelar de la prisión preventiva, mientras que el segundo se traduce en la función aseguratoria de la prueba.

La primera de ellas, de corte restrictivo, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga, postura legal que ha sido criticada cuando su finalidad se dirige más a lograr la seguridad que la cautela³⁹. La segunda postura, que puede denominarse intermedia, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga⁴⁰ como del peligro de obstaculización de la acción de

³⁸ El artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado al aseguramiento procesal del mismo a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado “peligro de fuga” y en igual sentido, se pronuncian los principios aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párrafo 2. b) lo siguiente: “solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se teme que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad”.

³⁹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *et al.*, *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2005, p. 512. “Si la Ley prevé presupuestos adecuados a una finalidad cautelar se podrá hablar de respeto al principio de proporcionalidad, siempre que, a su vez, se excluyan todos los posibles espacios que avalen un análisis no excepcional de aquellos. Si, por el contrario, se introducen valoraciones, tales como el “riesgo de reiteración delictiva”, la “alarma social”, etc., impropios de una medida cautelar y más próximos a las de seguridad o, incluso al uso indebido del proceso como instrumento de política criminal, la proporcionalidad será vulnerada y con ello el derecho fundamental”.

⁴⁰ PÉREZ LÓPEZ, Jorge A., *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva*, *Revista Derecho y Cambio Social*, Perú. Disponible en: www.derechocambiosocial.com

Consultada el 1/4/2014, a las 13.20. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado respecto al contenido del peligro de fuga que: “se re-

la justicia o actividad probatoria⁴¹; y finalmente, existe una tercera tendencia (legislativa y jurisprudencial), propia del modelo de prevención radical, que incorpora nuevos supuestos de peligro procesal, como por ejemplo: la reiterancia, la gravedad de la pena, criterios personales del procesado, factores morales, cuestiones de orden público, etcétera.

En todos estos casos se exige el principio de suficiencia probatoria⁴² relativo al razonamiento integral, eficiente e idóneo, basado precisamente en datos objetivos y ciertos, no en verosimilitudes, sospechas o conjeturas, que demuestren la conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas o el llamado peligro de fuga en grado tal que justificaría la naturaleza cautelar de la medida.

No es posible decretar medidas cautelares para proteger la investigación cuando los actos de sospecha que pudiera desarrollar el imputado quedan abarcados dentro de su derecho a la defensa, y se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación, siempre que existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

La tendencia más reciente de la doctrina ha sido la de cuestionar la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria

conocen cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes–; y 5) conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales.

⁴¹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 339. El Código Procesal de Perú establece en su artículo 268 Los criterios para determinar la existencia de perturbación probatoria: 1) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar fuentes de prueba, 2) influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, y 3) Inducir a otros a realizar tales comportamientos.

⁴² *Ídem*, p. 326.

como presupuesto de la detención, en este sentido se ha pronunciado Binder expresando que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer – dice - que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales y la propia justicia”⁴³.

En contra de esta posición también se afilia Gimeno Sendra, apuntando que “por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo, en el proceso penal moderno ‘no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio’, prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojada contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado. El riesgo de este “peligro” -sin perjuicio de que solo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en sí mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional-, estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a través de él, el impulso de la investigación y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados”⁴⁴.

La Ley procesal ordinaria no contempla el entorpecimiento de la investigación como presupuesto procesal para imponer la prisión provisional u otra medida cautelar; ella aparece sin embargo en el artículo 115 de la Ley Procesal Penal Militar, como una presunción a tener en cuenta de que el acusado intente obstaculizar el esclarecimiento de los hechos.

A nuestro entender la presencia de esta causal es necesaria como presupuesto a valorar en la imposición de la medida de prisión; partiendo de la realidad que se observa en algunos tipos de conductas delictivas, especialmente en hechos penales económicos, en la que una de las características y *modus operandi* de la criminalidad es la de

⁴³ BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1993, p. 199.

⁴⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *et. al.*, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con Formularios y Jurisprudencias*, T. VI, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 142.

ocultar, desaparecer y alterar los documentos e indicios que sirven de pruebas materiales para demostrar la ocurrencia delictiva. Igualmente ocurre con la criminalidad organizada, en delitos vinculados al tráfico de drogas, etc. En el que un factor determinante lo es la posición social que ocupe el sindicado en la estructura organizada y aparatos de poder.

e) La conducta del sujeto y la *favor libertatis*; presupuestos de excarcelación

Las disposiciones que coarten la libertad son de expresa interpretación restrictiva, correspondiendo - *a contrario sensu* - un sentido amplio en lo que respecta al otorgamiento, mantenimiento o restitución de la libertad que es, definitivamente, lo que ha de entenderse por el *favor libertatis*. Esto significa que ante la duda debería estarse a la exención de prisión, y cuando el imputado esté privado de la libertad, a la excarcelación o a los supuestos de libertad por falta de mérito o a la cesación de prisión, porque toda medida de coacción personal debe justificarse por su funcionalidad, cesando cuando no haya motivos para su mantenimiento.

De igual forma un aspecto importante, no ya relacionado con la duda, será el merecimiento de la libertad por la conducta del sujeto. La Ley procedimental cubana, en el artículo 253 autoriza que puede decretarse cualquier otra medida que no sea la prisión provisional, de apreciarse en la persona del acusado buenos antecedentes personales y de conducta, lo cual enfatiza que la prisión provisional no es la regla general de aplicación tras la detención o el conocimiento que se tiene de quien es el presunto responsable de un hecho.

El Acuerdo del Consejo de Estado del año 1985, hizo referencia a los antecedentes personales y de conducta del acusado, estimando que a efectos legales se considera que el acusado posee buenos antecedentes personales y observa buena conducta, cuando reuniendo las cualidades comunes del ciudadano respetuoso de la legalidad socialista, cumplidor de sus deberes y de las normas de convivencia social, no haya sido sancionado a privación de libertad por un delito intencional o sujeto a una medida de seguridad detentiva, ni advertido oficialmente en tres oportunidades, sin exigir otros requisitos de superior comportamiento⁴⁵.

⁴⁵ BODES TORRES, Jorge, *op. cit.*, p. 215.

Si como hemos expuestos, un valor importante al momento de la adopción de la medida cautelar de prisión provisional será la suficiencia probatoria, independientemente de la extensión de la prueba necesaria para ilustrar en su día al juez; inicialmente los órganos de persecución e investigación deberán acreditar los elementos que demuestren una conducta *ex ante* del sujeto. La “hoja de vida” del acusado y sus antecedentes policíacos y penales, serán un referente de valoración pero no definitorio para la adopción de la medida cautelar más severa, puesto que siempre habrá que acudir a los presupuestos que *up supra* hemos enunciado.

Al respecto siempre será importante individualizar y objetivar la conducta del sujeto mediante informes y pruebas fidedignas de su comportamiento anterior a la comisión del hecho y de las razones que dieron lugar a la detención y aseguramiento. Es este uno de los asuntos polémicos en la realidad procesal cubana, dado el subjetivismo que en ocasiones prima por quienes tienen la misión de aportar los llamados informes de conducta del acusado⁴⁶.

Rivero ha expresado sus criterios sobre el informe de conducta, bajo las exigencias previstas en el artículo 157 de la Ley de Procedimiento Penal, la cual autoriza al Instructor a solicitar de la Policía y de los organismos u organizaciones, informes de la conducta del acusado. “Esta actuación del Instructor – plantea - tiene como presupuesto, que la emisión de tales informes se halle incluida en la esfera de atribuciones de estas entidades, según la ley o sus reglamentos respectivos. El referido artículo 157 no otorga esta atribución, sino que se aprovecha de ella para el cumplimiento de los fines del proceso, cuando existe”⁴⁷.

⁴⁶ El Artículo 157 de la Ley de Procedimiento Penal establece que se llevará al expediente certificación de los antecedentes penales del acusado. No obstante, si de las investigaciones practicadas resulta evidente que el acusado carece de antecedentes penales podrá prescindirse de la inclusión de dicha certificación en el expediente. En este caso, se hará constar así en las actuaciones. Si el actuante estima necesario incluir en el expediente los antecedentes de la conducta social del acusado, se traerá a las actuaciones el informe que emita sobre ello la Policía, sin perjuicio de que aquel o su Defensor aporten otros informes o certificaciones que entiendan procedentes.

⁴⁷ RIVERO GARCÍA, Danilo, *El juicio oral*, Editorial Ediciones ONBC, La Habana, 2002, p. 136.

De acuerdo con lo expuesto, el acusado no puede solicitar informes de conducta a las entidades, ni ésta emitirlo por propia iniciativa o a instancia del interesado. Para este autor el emitente, tiene que estar autorizado legal, o reglamentariamente; de lo contrario el documento es absolutamente ineficaz.

Sería conveniente que para el proceso penal en general y muy especialmente para la imposición de la medida cautelar, estos informes orales o escritos, sean verdaderas y objetivas fuentes de pruebas testificales o documentales, obtenidas a solicitud de ambas partes, tras ser pretendidas y aportadas por familiares, vecinos, compañeros de trabajo, organizaciones sociales, laborales e institucionales o cualquier otra persona natural o jurídica; teniendo además en cuenta que la conducta del sujeto no solo esta coligada a sus antecedentes delictivos personales, vida ejemplar o irregular en su comunidad y a la aptitud positiva o negativa ante el trabajo. También será menester ocuparse de los móviles y circunstancias que lo guiaron a la comisión del hecho, las características personales que posee como la edad, limitaciones físicas, enfermedades, situación familiar etc., e incluso su aptitud en la etapa preliminar de indagación – con el debido respeto al principio de no autoincriminación - y la posibilidad real de enmendar o resarcir los daños y afectaciones ocasionadas por la infracción antijurídica.

En el proceso penal de corte inquisitivo reformado, esta es otra de las desventajas para el acusado y su defensa y una contradicción con el espíritu del artículo 157 de la mencionada Ley procesal, pues al no ser parte procesal hasta después de dictada la medida cautelar no podrán incluir en el expediente los informes o certificaciones tendentes a contradecir o argumentar la conducta del imputado, tal y como prevé el citado artículo, y en consecuencia no podrá lograr el acusado o el defensor, *a priori*, en ese momento procesal, la reforma o variación de la medida de prisión provisional propuesta.

Aun dentro de cualquier legislación, el estado jurídico de inocencia, exige la operatividad *del favor libertatis*, lo que sienta el criterio interpretativo de que todos los institutos procesales deben tender al mantenimiento de la libertad durante el proceso y, en aquellos casos en que el imputado esté cautelarmente privado de ella, tiendan a la más rápida y mejor restitución de tal libertad. De esta manera la conducta del sujeto será un factor a valorar para una vez detenido se pueda decretar su libertad o encarcelamiento.

5. El plazo razonable de la prisión preventiva. Términos y permanencia

Entre los contenidos esenciales que modifican la tradición conceptual del debido proceso, aparece la regla del plazo razonable, dirigido a determinar los tiempos que debiera insumir un procedimiento judicial. Ciertamente como expone Montaña, el plazo razonable es un concepto indeterminado y pudiera tener lecturas diferentes⁴⁸, lográndose su definición desde una perspectiva amplia como el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz⁴⁹.

En este sentido y tratándose la libertad de una garantía constitucional, la invocación procesal a su restricción mediante la imposición de la prisión provisional requiere de prerrogativas y exigencias limitadas para resolver consecuentemente el tiempo para decretarla, así como los requisitos para la autorización excepcional de la permanencia del imputado en dicho status procesal, con sujeción a la regla *rebus sic stantibus* que orienta que las medidas de coerción no son definitivas sino provisionales⁵⁰.

La Ley, fundada en el principio de provisionalidad hará el pronunciamiento sobre el diligenciamiento y la celeridad de esta medida cautelar de manera concreta, sin discrecionalidades desmedidas y a sabiendas de que cada minuto en prisión es a la vez un tiempo irrecuperable para el ejercicio de los derechos fundamentales que le conciernen al presunto acusado y que esa razón, tiene que ser reforzada durante el proceso.

El artículo 31 de la Ley de procedimiento penal, da explicaciones sobre los términos judiciales, al parecer en lo que concierne a la etapa jurisdiccional, pero no debe traer dudas, que el artículo se refiere también y de manera general a todos los términos proscritos en las diferentes etapas procesales y muy especialmente en el sentido del comienzo de un acto procesal conforme a lo indicado para cada uno de ellos. La norma aclara, que cuando la Ley no fija términos, se en-

⁴⁸ MONTAÑO DE CARDONA, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, Editorial Leyer, Bogotá, 2002, p. 61.

⁴⁹ BANDRÉS SANCHEZ CRUZAT, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 43.

⁵⁰ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 326.

tiende que las resoluciones y diligencias han de ser dictadas sin dilación; una nota procesal que en la práctica se ha entendido dentro del término de veinticuatro horas; a la vez que señala la corrección disciplinaria que según la gravedad del caso y sin perjuicio de reclamar daños y perjuicios deba imponerse ante la infracción injustificada de lo dispuesto.

Respecto a la prisión provisional, sea impuesta por el órgano de investigación, el fiscal o el tribunal, tendrán la obligación de tramitar el asunto con prioridad y darle una “atención preferente” respecto a los demás procesos incoados⁵¹. En estos casos por mandato del artículo 32, todos los días y horas son hábiles entre las siete de la mañana y la siete de la noche.

El artículo 247 faculta al fiscal para la imposición de la prisión provisional en un término que no debe rebasar las 72 horas tras haber recibido la propuesta, o decretar otra de las establecidas, haciéndolo mediante auto fundado, ocasión en la que podrá entrevistar al acusado y practicar cualquier otra diligencia necesaria.

El fiscal en virtud de este artículo comunicará su decisión de inmediato al instructor a los efectos de su notificación al acusado, con la facultad excepcional de decretar la secretividad de las actuaciones, prohibiéndosele al acusado y su abogado el acceso a las actuaciones correspondientes a la fase preparatoria del juicio oral mientras éstas se estén practicando.

⁵¹ TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, Boletín, Edición Extraordinaria, 1977, p. 43. Al respecto fueron varias las orientaciones e instrucciones emitidas por el tribunal de justicia pronunciándose por la prioridad en la tramitación y celebración del juicio en las causas en que existan acusados detenidos o en prisión provisional; entre ellas, las números 65 de 1977 y la número 84 del año 1979, que en la actualidad no rigen. También la Resolución No. 133/04, de 23 de julio de 2004, del Fiscal General de la República en el apartado “Sobre el control de la Legalidad en los establecimientos penitenciarios”, se requirió a los fiscales la necesidad de comunicar de inmediato a sus superiores la presencia de acusados asegurados con la medida cautelar de prisión provisional que hayan arribado al límite inferior de la sanción señalada para el delito de que se trate, a los efectos de que se cumpla lo dispuesto en la Instrucción 53/75 del Tribunal Supremo Popular.

La modificación y el cese del aseguramiento aparecen en el artículo 251, en ocasión en que varíen los motivos que la originaron y se faculta al defensor para solicitar en cualquier momento de la sustanciación del proceso e incluso en la vista del juicio oral la modificación de la medida cautelar de prisión aplicada. La policía, el instructor, el fiscal o el tribunal según los casos, decidirán respecto a la solicitud de modificación de la medida cautelar en un término que no excederá de cinco días hábiles contados a partir del momento de dicha solicitud.

Por último y en el caso de que se deniegue la modificación de la medida cautelar de prisión provisional dispuesta por el Fiscal se notificará inmediatamente al acusado o su Defensor, pudiendo el solicitante establecer el recurso correspondiente.

En la actualidad las problemáticas más acuciantes referidas a los términos, están relacionadas con la modificación o cese del aseguramiento y el tiempo de permanencia del imputado una vez que ha sido decretada la medida de prisión preventiva.

De conformidad con lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 251 de la Ley procesal, la policía, el instructor, el fiscal o el tribunal, según los casos, decidirán respecto a la solicitud de modificación de la medida cautelar, como antes se dijo, en un término que no excederá de cinco días hábiles contados a partir del momento de dicha solicitud; término este a todas luces que resulta no solo extremadamente dilatorio sino también contradictorio con los postulados del mencionado artículo 32 que declaró para las actuaciones de la fase preparatoria que todos los días eran hábiles.

La detención preventiva o la prisión provisional, impuestas bajo la autorización expresa del fiscal, son actos de coerción personal dictados en la etapa inicial de sustanciación del proceso y por tanto, correspondería la consecución de los términos bajo las exigencias de tramitar la respuesta a la solicitud de modificación dentro de los días no hábiles como exige el citado artículo 32 de la Ley.

La antinomia que se presenta entre los artículos 32 y 251 de la Ley procesal, debe ser resuelta en futuras modificaciones, si se tiene en cuenta que el término para resolver la solicitud de modificación en fase preparatoria, incluye el trámite burocrático de ser presentado al fiscal – conforme al párrafo segundo del artículo 251 - siempre por conducto del instructor o la policía, para que estos últimos emitan sus consideraciones y luego le den traslado al escrito de solicitud junto con las actuaciones o el expediente de fase preparatoria al Ministerio Público; todo ello según la Ley, en cinco días hábiles, que en la práctica – por razones objetivas y subjetivas – rebasan ese término,

quebrantándose lo dispuesto y la potestad del fiscal de darle oportuna respuesta a las pretensiones del acusado y su defensor.

Por último, con respecto a la permanencia, pasa algo similar. El artículo 33 refiere que son improrrogables los términos judiciales cuando la ley no disponga expresamente lo contrario, salvo causas justificadas para ello; y si observamos el articulado sobre la imposición de la prisión preventiva del artículo 241 al 260, comprobamos que el legislador no ha dado indicaciones sobre el término de permanencia sobre la detención y el aseguramiento, mucho menos sobre el periodo permisible para que el imputado se encuentre en prisión provisional, situaciones que han tenido que ser resueltas de manera extraprocesal por los órganos de instrucción, la fiscalía y el tribunal.

Tras haberse dictado auto de prisión preventiva, la prórroga a la permanencia del presunto acusado en los calabozos de las unidades policíacas, son autorizadas por el fiscal, previa solicitud de la policía o el instructor, conforme lo disponen las normas internas de estos órganos. Ya en lo concerniente a la permanencia en prisión preventiva, el término máximo fue dispuesto por el máximo órgano de justicia a través de la instrucción número 53, de 9 de junio de 1975, ratificado por la instrucción 81 de 1979 del propio órgano, cuando en su ordinal tercero estableció un límite a la duración de la medida cautelar de prisión provisional, en la ocasión en la que este alcance el límite inferior de la sanción prevista legalmente para el delito o el más grave de los delitos que se le imputen, con las únicas excepciones de acusados de delitos contra la seguridad del Estado o de delitos en los que la Ley establezca sanción de pena de muerte o la máxima de privación de libertad⁵².

Todo ello infiere la necesidad de que en futuras modificaciones y de cara a un proceso penal de corte acusatorio, se legitimen e incluyan estos aspectos en la norma procedimental, respetando el espíritu que llevó a estos órganos a pronunciarse en sus normativas internas⁵³.

⁵² TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, Boletín, Extraordinaria, 1975, p. 53.

⁵³ NA: El artículo 117 de la Ley Procesal Penal Militar contempla el máximo de treinta días para mantener al acusado en prisión provisional, término que puede ser prorrogable por las diferentes instancias e institucionales de la Fiscalía Militar.

6. Órganos facultados. La necesaria intervención del juez

Tal y como explicamos la LECRIM previó la audiencia verbal para decretar la prisión preventiva, más tarde la Instrucción número 23, de 25 de marzo de 1974⁵⁴, dictada por el Tribunal Supremo, reguló también todo lo concerniente a la audiencia verbal que celebrarían los tribunales a los fines de determinar la procedencia del aseguramiento de la persona del acusado para la celebración del juicio y el cumplimiento de la ejecutoria que llegara a dictarse, conforme a lo dispuesto en los artículos 244 y 245 de la Ley 1251 de 1973. En esta audiencia participaban el fiscal y el abogado, siendo una de sus características salientes que podía ser el propio tribunal que en su día tendría a su cargo el juzgamiento el que se constituía para esa vista⁵⁵.

Al ser derogada la Ley 1251 de 1973 por la Ley 5 de 1977 una de las modificaciones sustanciales que ello acarreó, consistió en la eliminación de las audiencias verbales para definir la situación procesal del acusado detenido, quedando en manos del fiscal la adopción de la medida cautelar, con una revisión judicial inmediata, hasta que por el Decreto Ley No 51 del 10 de junio de 1994, la prisión provisional quedó totalmente a la decisión del fiscal, cesando junto con el requerimiento del fiscal, todo el control judicial sobre el aseguramiento del acusado.

De esta forma, como explica Mendoza, quedó cercenado el derecho a la defensa con la posibilidad de disponer el fiscal de la medida cautelar, sin que medie un procedimiento oral y contradictorio, en el cual judicialmente se acredite la existencia de los presupuestos universalmente aceptados como únicos condicionantes de una detención preventiva que son - a su criterio -, el peligro de fuga o la obstaculización de la investigación, unidos a la existencia de elementos incriminatorios que hagan presumir su culpabilidad.⁵⁶

Son conocidos los principios rectores bajo los que actúa el Ministerio Público, especialmente los que proyectan su eficacia hacia fuera, en el ejercicio de la actividad funcional que la Ley encomienda a la

⁵⁴ TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, Boletín, Extraordinaria, 1974, p. 28.

⁵⁵ MENDOZA DÍAZ, *Notas ..., op. cit.*, p. 192.

⁵⁶ *Ídem*, p. 193.

institución, como son el de legalidad sustantiva y procesal e imparcialidad en su actuación.

En este tono, aun y cuando el Ministerio Fiscal actúe con absoluta libertad a la hora de adoptar sus resoluciones, sin estar sometidos en ninguna ocasión a presiones ni a entusiasmos o pareceres ajenos o a la influencia de otros poderes, no podrá discutirse conforme al ejercicio punitivo que procura en la persecución de delitos; en su contribución al esclarecimiento; en su labor de impulso y agilización del proceso; como en la pertinencia y adecuación de los elementos probatorios llamados al sostenimiento de la acusación, por demás involucrado en la respuesta de enfrentamiento a la criminalidad y bajo la guía u obediencia a determinada política criminal; que late cierta desconfianza en la objetividad e imparcialidad que le es exigida en su actuación. Ello sucede también, cuando es conocido que en la mayoría de los casos opta por imponer la prisión provisional, tras la petición que recibe del órgano encargado de la investigación criminal.

En la etapa de indagación, ciertamente le corresponde a la policía y al fiscal contribuir con el esclarecimiento del hecho y determinar los presuntos responsables, y para ello tendrán que adoptar todas las medidas necesarias para evitar distorsiones procesales u otras incidencias derivadas de la investigación. En el terreno de las medidas cautelares su misión principal será velar por el debido respeto de los derechos fundamentales y garantías del acusado; contribuyendo además a la suficiencia probatoria vinculadas a los presupuestos legales que admiten tal decisión; sin embargo apostando, como lo hacemos, por un proceso penal de corte acusatorio, correspondería cumplir – al menos en la prisión provisional - con el principio de judicialidad en las medidas de coerción⁵⁷, en tanto la intervención del órgano jurisdiccional lograría un proceso con mayor transparencia y objetividad, a la par de una decisión motivada y fundamentalmente más justa.

Algunos autores cubanos se han pronunciado por la necesidad de una audiencia preliminar verbal de naturaleza jurisdiccional, al menos en la etapa intermedia, con la finalidad de decidir sobre la apertura del juicio oral y el saneamiento del procedimiento entre otras actividades de control.⁵⁸ Es sin embargo una tendencia en los procedimientos penales modernos, la celebración de una audiencia

⁵⁷ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 327.

⁵⁸ MENDOZA DÍAZ, Juan y Laura, GONZALEZ CHAU, *op. cit.*, p. 124.

verbal jurisdiccional en fase preparatoria, con jueces diferentes a los que realizan el juzgamiento, a efectos de decretar la imposición de la medida cautelar, controlar la legitimidad del acto y la presencia real de los presupuestos que determinan su imposición, para de esta manera proyectarse hacia el equilibrio e igualdad de armas que le es propio al sistema acusatorio.

La garantía que emana de la presencia y participación del juez no es privativa del juzgamiento penal⁵⁹, por lo tanto es dable en esta etapa del proceso. Y ello, porque no puede darse una decisión “justa” si quien la imparte está comprometido con alguno de los intereses derivados del conflicto, por lo que el requisito de imparcialidad aparece como inherentes a la noción de juez natural.

Para Candia el juez es un árbitro que debe resolver sobre las tesis planteadas, tanto en el orden de la determinación del hecho histórico, como en cuanto a la aplicación del derecho⁶⁰; por ello creemos también que el fiscal debe seguir velando por la legalidad de la prisión y el juez por los méritos que existen para la decisión de manera que controle el resguardo de derechos fundamentales y resuelva sobre las medidas de coerción personal contra el imputado en el curso de la investigación.

Asimismo, la decisión de imponer o no la prisión provisional no podrá procurarse mediante la “autoreflexión” de los jueces, sino que deberá buscarse a través de la confrontación procesal y de los intereses contrapuestos entre acusación y defensa, es decir, mediante la “contradicción” de las partes y no solo con el “auxilio” de ella, como propone el sistema mixto⁶¹.

7. Razones para el cambio y propuestas de *lege ferenda*

Tras el análisis de la institución estudiada, las valoraciones realizadas infieren que la prisión provisional, en el proceso penal de corte acusatorio, tiene un carácter excepcional, su vigencia dependerá de

⁵⁹ VÁZQUEZ Rossi, *op. cit.*, p. 278.

⁶⁰ CANDIA, *op. cit.*

⁶¹ CAFFERATA, Nores, José I., *La reforma procesal en América Latina. Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*. Rústica, 3ª ed. Actual, 2007, p. 305.

su utilidad y duración del proceso, de ahí también su carácter temporal, y pudiera ser necesaria en el proceso, para evitar que el imputado se fugue, entorpezca la actividad probatoria y se garantice su presencia en el acto del juicio oral; así como que con su imposición de cierta manera se le dé respuesta inmediata a la ocurrencia de un delito grave o alivie la alarma provocada por el delito. De igual forma la medida de prisión provisional adoptada debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido y las condiciones personales del imputado, así como el resto de los presupuestos legales y circunstanciales que determinen los motivos de su imposición.

Otro elemento es que dicha medida en tanto afecta intereses y derechos fundamentales deben ser dictadas por el órgano jurisdiccional, sustentada en una audiencia en la que participen el fiscal, el imputado y su defensor, con derecho a sustentar los fundamentos que la motivan y a contradecirla. En correspondencia con ese acto, la decisión debe decretarse por resolución fundada y motivada, adoptada por el juez o tribunal con fundamentos de hecho y de derecho, explicando los motivos por los cuales otorga o no la medida de coerción.

En correspondencia con lo narrado entendemos que los cambios y modificaciones más relevantes que debe sufrir la nueva Ley de procedimiento penal deben incardinarse hacia los puntos siguientes:

- a) Limitar excepcionalmente la prisión provisional para delitos cuyo marco legal rebase los tres años de prisión.
- b) Exponer en la Ley todas las causales y presupuestos que determinan la medida cautelar de prisión, siendo estas: el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga, los antecedentes y peligrosidad demostrada dada las características personales del imputado, la alarma provocada en la población y la ocurrencia de un delito grave.
- c) Establecer que el término para el traslado de actuaciones y el expediente de fase preparatoria realizada por el órgano de instrucción al fiscal para resolver asuntos relacionados con la medida cautelar de prisión provisional, se realizaran en días naturales, con excepción de las audiencias que se desarrollaran en días hábiles.
- d) Otorgar un término de 30 días hábiles para mantener la prisión provisional y salvo la excepcionalidad de estarse tramitando un delito complejo – entiéndase cuya pena prevista en el ilícito sobrepase el límite de 8 años de privación de libertad – se justificaría una permanencia de otros 60 días hábiles, prorrogables por el juez tras la solicitud fundada del fiscal.

- e) Someter a audiencia pública la decisión de prisión, a través de un juez imparcial, con la participación de las partes procesales, quienes podrán aportar los elementos necesarios que ilustren la necesidad o no de la adopción de la prisión provisional.
- f) Que una vez impuesta la prisión provisional por el tribunal esta pueda ser modificada en cualquier momento, cuando hayan variado los motivos y circunstancias de imposición, de oficio o a instancia de parte.

8. Conclusiones

Son varios los efectos que producen para el proceso y el imputado la medida cautelares de prisión provisional conforme a la actual Ley de Procedimiento Penal cubana. Algunos de ellos se evidencian de la simple lectura de los artículos que la regulan, como es el caso de la imposibilidad de acceder a las actuaciones y proponer diligencias de pruebas, en ocasión de haberse decretado la secretividad del proceso; sin embargo la primera modificación que daría paso a un trámite de aseguramiento, más consecuente con los principios establecidos para las medidas de coerción procesal, es el otorgamiento de la condición de parte al imputado desde el mismo momento en que es detenido; este derecho constituiría a la vez una de las principales garantías para el estado de Derecho.

Ha quedado plasmado el criterio de que la medida cautelar no es un medio que sirve para la investigación, sino una forma de sujeción del imputado al proceso y es válida su aplicación cuando quede demostrado que su estado de libertad puede perjudicar la investigación, existen fundamentos razonables para estimar que evadirá la acción de la justicia o concurran otros presupuestos que la hacen inevitable.

La medida cautelar de prisión provisional es un acto de coerción de la etapa preparatoria al juicio oral, sus fundamentos conforme a la Ley de procedimiento penal cubana están regidos por los vetustos esquemas del sistema inquisitivo y por tanto, si deseamos afiliarnos al sistema acusatorio, para que este se torne verdaderamente operativo, es necesario que la norma procedimental defina los motivos o causales para decretar la prisión provisional; que además, al imputado - como regla - no se le detenga y anticipe un tiempo innecesario de permanencia en prisión, aun y cuando luego comparezca libre al juicio y de esta forma pueda efectivamente participar en el proceso en pie de igualdad con la acusación, lo que no ocurre si hay encarcelamiento preventivo.

La perduración del instituto en nuestro sistema de enjuiciamiento, en los casos de inequívoca necesidad de encarcelamiento cautelar por las razones que se han consignado, han llevado a una política penal de aceleración hacia la celebración del juicio. En este sentido la prisión preventiva trae aparejada una inminente realización del juicio oral y público, como única forma de paliar la enorme contradicción que implica el encarcelamiento de un presunto inocente.

El principio de afirmación de la libertad está llamado a ser uno de los pilares del nuevo sistema penal cubano, bajo las máximas de que: "Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las excepciones establecidas en la Ley". De esta forma se proclama que el imputado gozará de su libertad durante todo el desarrollo del proceso, siendo la privación de libertad una última opción y siempre subsidiaria de las demás medidas, que son excepciones al principio. La consagración de este principio se fundamenta en el hecho de dejar atrás la concepción de un proceso con pena anticipada.

9. Bibliografía

Obras generales

- BANDRÉS SÁNCHEZ - CRUZAT, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1992.
- BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1993.
- BODES TORRES, Jorge. *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1988.
- BURGOS MARIÑOS, Víctor, *Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Palestra, Lima, 2005.
- CAFFERATA, NORES, José I., *La reforma procesal en América Latina. Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*, Rústica, 3ª ed. Actual, 2007.
- CARRANZA, Elías. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer? Disponible en: www.anuariocdh.uchile.cl
- CARRILLO FLORES, Fernando, *Los retos de la reforma de la justicia en América Latina. Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Corporación Excelencia en la Justicia Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.

- CANDIA FERREYRA, José, "Instituciones Procesales Penales Reflexiones Sobre Su Modernización en Cuba", Conferencia dictada en VII Congreso de La Sociedad Cubana de Ciencias Penales, La Habana, 2007.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A, *Derecho procesal penal*, Tomo II, Editorial Rubinzal, Argentina, 1997.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *et al*, *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*, Palestra, Lima, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *et al*, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con Formularios y Jurisprudencias*, T. VI, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- _____, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- HERRERA GANDOL, Dimas y Enrique NÚÑEZ GRILLO, "El debido proceso penal como garantía de la defensa de los intereses sociales y de los individuales de la víctima y del acusado", En: *Derecho y litigios penales, Abogacía y Derecho: gestión de conflictos jurídicos*, Coordinado por Ariel Mantecón Ramos, Vol. 1, Editorial Ediciones ONBC, Habana.2013.
- JAEN VALLEJO, Manuel, *Derechos fundamentales y debido proceso*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Editorial Servicios Gráficos, Nicaragua, 2009.
- MENDOZA, DIAZ, Juan y Laura, GONZALEZ CHAU, "La audiencia preliminar, una efectiva contribución al principio acusatorio", En: *Perspectiva del Sistema penal acusatorio en Europa y Latinoamérica*, Coordinadores: Gonzalo Amienta Hernández y Mayda Goite Pierre, Editorial de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2012.
- MENDOZA DÍAZ, Juan, "Notas para una reforma del derecho a la defensa en el proceso penal cubano", En: *El derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*, Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, Coordinador: Arnel Medina Cuenca, Editorial Ediciones ONBC, La Habana, 2014.
- MONTAÑO DE CARDONA, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, Editorial Leyer, Bogotá, 2002.
- RIVERO GARCIA, Danilo, *El juicio oral*, Editorial Ediciones ONBC, La Habana, 2002.

RIVERO GARCÍA, Danilo, *La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los tribunales cubanos*, En: *Los tribunales en Cuba, pasado y actualidad*, Coordinador: Yumil Rodríguez Fernández, Editorial Ediciones ONBC, La Habana, 2013.

SANCHEZ VELARDE Pablo, *El nuevo proceso penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2009.

SARRULLE, Oscar Emilio, *La Crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal (Abolicionismo o Justificación)*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

STEGEMANN DIETER, Mauricio, *Política Criminal Atuarial a criminología do fim da historia*, Editorial Revan, Brasil, 2013.

VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, Carlos, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1989.

Publicaciones periódicas

ORTELLS RAMOS, Manuel, Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal. *Revista Jurídica de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1978.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva, *Revista Derecho y Cambio Social*, Perú, 2008, Disponible en [http:// www.derechoy-cambiosocial.com](http://www.derechoy-cambiosocial.com)

SALAS BETETA Christian, "El proceso penal común", *Gaceta Jurídica*, Lima. 2012.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, "Las medidas cautelares en el proceso penal", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, vol. 2, No 3, Argentina, 1991.

El nuevo sistema acusatorio en la administración de justicia latinoamericana

DR. RODOLFO FERNÁNDEZ ROMO*

Sumario

1. Introducción
2. Aparición histórico-jurídica del sistema acusatorio
3. Del principio acusatorio
 - 3.1. La pretensión punitiva como categoría procesal
4. Independencia e imparcialidad judicial
5. El acusatorio en el Derecho Mexicano
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción

La indudable existencia de rezagos y secuelas de una extensa tradición inquisitiva en el procedimiento penal latinoamericano, que subsistió a más de un siglo de iniciada la reforma de ese tipo de procedimiento que dio lugar a la aparición del sistema mixto o inquisitivo reformado con las ideas de la ilustración francesa¹, así como otros problemas que se manifiestan en los sistemas judiciales de diversos

* Profesor Titular de Derecho Procesal Penal Facultad de Derecho. Universidad de la Habana. Cuba. rodolfo@lex.uh.cu

¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, S.A. Madrid, España. 1997, p. 565. En este sentido MONTERO AROCA, Juan, *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 2000, pp. 108-109. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *et al.*, *Derecho Procesal Penal. Tomo I, Principios del Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, España, 2000, pp. 71-75.

países del entorno europeo continental y latinoamericano que hacen afirmar en crisis generalizada la justicia penal², plantean la necesidad de afrontar la tarea de perfeccionar las leyes procesales y de organización y estructura de los órganos que intervienen en los procesos, para adecuarlas a las exigencias de mayor efectividad en el combate contra el delito, y al mismo tiempo, acentuar las garantías procesales y, en fin, aumentar la eficiencia de los procedimientos jurisdiccionales.

En nuestro criterio, cualquier intento de reforma del procedimiento penal en el mundo moderno, no puede ignorar la evolución del derecho procesal hasta nuestros días, aunque tampoco se puede incurrir en el error de construir pretendidos “sistemas” sobre la base de superponer supuestas ventajas de uno u otro modelo o tipo de procedimiento lo que puede conllevar a situaciones más complejas, si no se parte de principios bien delimitados que conformen el proceso como un verdadero sistema coherente, que responde desde lo político criminal a garantizar un determinado nivel de seguridad y estabilidad social.

Con el desarrollo del sistema acusatorio entre los pueblos griegos, romanos y germanos que ya tenían una organización estatal, el Estado hizo suya la facultad de reacción frente a infracciones penales, en forma exclusiva y excluyendo la posibilidad lícita de respuesta individual, por el particular, aun cuando fuera el propio ofendido por el delito³.

² SHÜNEMAND, Bernd, *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1991, p. 51.

³ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 565. De la naturaleza privada de la acción penal en el proceso romano ordinario, devienen los caracteres principales del sistema acusatorio, o sea, *la discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda actividad probatoria y hasta de la disponibilidad de las pruebas, la publicidad y oralidad del juicio, el papel de árbitro y espectador reservado al juez, tanto más dado su carácter popular.* DAVID, René, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Biblioteca Jurídica Aguilar, S.A. Juan Bravo 38, Madrid, España, 1969, p. 6. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *et. al; Derecho Procesal Penal. Tomo I, Principios del Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, España, 2000, pp. 52-81.

Uno de los principios esenciales para el proceso penal, es conocido como principio acusatorio, que se refiere específicamente a que la acusación tiene que ser formulada por una persona ajena al tribunal, determinándose en este acto el objeto del proceso, principio que se cumple sea cual sea el acusador (público o privado) y en diferentes procedimientos.

Se busca con este estudio, aportar información que contribuya a aunar esfuerzos desde posiciones doctrinales, capaz de ejercer influencia sobre los Estados, a fin de lograr – con la fuerza y uniformidad requerida - dispositivos normativos que precisen la implementación del modelo acusatorio, en los Estados miembros de nuestra comunidad latinoamericana y su necesaria aplicación – bajo las fórmulas que cada Estado requiera - de su efectiva implementación.

2. Aparición histórico-jurídica del sistema acusatorio

De los tres modelos de juzgamiento de delitos que ha conocido el mundo Europeo continental y latinoamericano, el primero fue el sistema acusatorio, el cual tuvo sus orígenes en la antigua Grecia como consecuencia de la democracia directa que allí se practicaba. Ese modelo se caracterizaba porque el proceso penal realmente sólo tenía una etapa: el juicio público y oral. Allí se enfrentaban ante un jurado integrado por un número importante de ciudadanos, el acusador y la defensa⁴.

Dicho sistema también fue adoptado por los romanos para la época de su organización política como República. Sin embargo, con el nacimiento del imperio y su expansión, empezó a decaer el modelo para implementarse, poco a poco, características inquisitivas.

El cambio del sistema de enjuiciamiento acusatorio al inquisitivo, lo determinaron condiciones económicas, sociales y políticas, así como otras de naturaleza procesal⁵.

⁴ DAVID, René, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Biblioteca Jurídica Aguilar, S.A. Juan Bravo 38, Madrid, España, 1969, p. 6. PEDRAZ PENALVA, E., *op. cit.*, pp. 52-81.

⁵ FENECH, Miguel, *Derecho Procesal Penal*, Editora Labor, Barcelona, España, 1960, p. 83. VIADA LÓPEZ, Carlos. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Imprenta Alpe, S.L., Madrid, España, 1950, pp. 73-76.

Entre las condiciones económicas que fijaron el paso de un sistema a otro se pueden mencionar: las crisis que en el campo de la economía conmovieron a Europa en los siglos XIV y XV, originadas en lo fundamental por el descenso de la población debido a las pandemias que fustigaron en este período. Como sociales se identifican, el desarrollo y esparcimiento de los herejes, cuyos modos de comportamiento desobedecían la fe católica, así como la amenaza judía, por su ausencia de pureza en la administración de las finanzas y por sus diligencias de préstamos lucrativos; actuación que se consideró pecado de usura. Como políticas se nombran, la posición privilegiada de la Iglesia en las estructuras de poder y su intolerancia ante otras formas de expresión de la conciencia social.

Las causas de naturaleza procesal que facilitaron el tránsito, estuvieron referidas a limitaciones que se le atribuyeron al modo de enjuiciar acusatorio para enfrentar las diferentes conductas delictivas que surgían y se desarrollaban en un nuevo contexto histórico. Entre estas se mencionan: la publicidad de los debates, que impedían recolectar información y asegurar los indicios del delito; la limitación judicial para producir prueba *ex officio* y su marcado carácter acusatorio, con lo cual se encomendaba a la destreza y responsabilidad de la víctima la punición de los hechos delictivos; y la desconfianza hacia la participación ciudadana en la administración de justicia, que por cambios de costumbres y otros fenómenos éticos sociales de los momentos de crisis, propiciaron en determinadas ocasiones la corrupción y el delito de prevaricación.

Las primeras formas de proceso inquisitivo se desarrollaron en Roma imperial, con el conocimiento de las causas de oficio por los *delicta publica*; primero se conocieron los *crimina laesae maiestatis* de subversión y conjura, en los que se considera ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identifica con el Estado.

Abandonado el sentimiento cívico y el hábito de libertad que durante la República hicieron posible el funcionamiento de la iniciativa acusatoria por parte de cualquier ciudadano, se sustituye la acusación pública por la denuncia y por la oculta calumnia, que se convirtieron en un instrumento de tiranía. Se expresa por diversos autores⁶,

⁶ CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, pp. 170-171, MONTERO AROCA, J. con ORTELLS RAMOS, M. GÓMEZ COLOMER, L. y MONTON REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional I, Parte general*, J. M.

que el sistema inquisitivo surgió en silencio desde las tinieblas; anti-popular y autoritario; el proceso se inicia de oficio por el órgano jurisdiccional, admitiéndose hasta la delación como fuente de obtención de información anónima y vía para iniciarlo.

El juez unipersonal y técnico domina el proceso en toda su extensión, concentra todos los poderes e impide la defensa del acusado; se procede de forma escrita y secreta para la acumulación de las pruebas del hecho cuando no era flagrante; conseguida su demostración, se procedía a averiguar la culpabilidad de su autor, o su vinculación con el acto. Al acusado se le introduce al proceso como un objeto; considerado responsable desde el primer momento y, por presumirse su culpabilidad, es necesario obtener su confesión, la que desde el punto de vista espiritual tiene valor de arrepentimiento y en lo jurídico valor de prueba plena.

Para la búsqueda de la verdad podía valerse hasta de la tortura, que aunque no fue creación suya la aplicó de forma desmedida y celosa, al igual que métodos indignos como el espionaje y la capciosidad; sólo limitado en la valoración de las pruebas por el llamado sistema de pruebas legales, particular que aunque con limitaciones incuestionables, constituyó un freno a los no pocos excesos de la omnipotencia judicial del momento⁷.

Bosch Editor, S. A. Barcelona, España, 2000, p. 25, MAIER, Julio B, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hammurabi. S.R.L. Segunda edición, Buenos Aires, Argentina, p. 209.

⁷ El derecho probatorio medieval en los países continentales europeos fue diseñado en el siglo XIII para reemplazar a las ordalías, que la iglesia destruyó en el año 1215. En consecuencia, quienes concibieron el sistema desarrollaron la regla de que la condena tenía que estar fundada en dos testigos oculares inobjetables en relación con la comisión del hecho delictivo, la que se impedía fundar en una prueba circunstancial, sin esos dos testigos y, el tribunal, no podía condenar al acusado que negara los cargos formulados en su contra. Sólo si el acusado confesaba voluntariamente, se condenaba prescindiendo de la declaración de los testigos, lo que en la práctica resultó inoperante. Como resultado, se pasó de aceptar una confesión voluntaria a inducirla coercitivamente en aquellas personas contra las que existían fuertes sospechas y, en tal sentido, la tortura era permitida sólo cuando se había establecido *semiplena prueba* contra el sospechoso. Con vista de compatibilizar el requisito del derecho probatorio formal de la voluntariedad de la confesión, los jueces medievales europeos conside-

El sistema inquisitivo alcanza su pleno desarrollo en la Edad Media, en correspondencia con una mayor elaboración del Derecho Canónico, cuando la Iglesia tomó de las instituciones laicas todos los elementos y ajustándolos a las nuevas condiciones socioeconómicas imperantes mostró un modelo de enjuiciamiento transformado por completo. Fue así la iglesia, el primer poder que pasó del procedimiento acusatorio al inquisitivo, a lo cual fue sumándose de forma paulatina el resto de las instituciones de poderío de la época.

Este modelo de enjuiciamiento presenta entre sus rasgos distintivos, que el Estado procede de oficio, con una doble función acusa y juzga, ausencia de la participación popular en la administración de justicia, la escritura y la secretividad de las actuaciones dominan el proceso, la prueba es tasada y ofrece valor determinante a la obtenida en la fase sumaria; el acusado se encuentra en prisión desde el inicio de un proceso, que no genera contradicción⁸.

Con la Revolución Francesa y el Iluminismo, surgió el llamado sistema mixto, que tomó características de los dos modelos anteriores para volver más "humano" el proceso penal. Obviamente que ningún país puede pregonar que tiene un modelo inquisitivo o acusatorio puro. Lo que se ha tenido es una mayor o menor aproximación a esos modelos.

No obstante lo anterior, en Latinoamérica se mantuvo, en mayor o menor grado, los rasgos más característicos del sistema inquisitivo.

raban a la confesión obtenida bajo tortura como involuntaria y, en tanto inválida, a menos que el acusado reiterara su declaración de manera no coactiva en una audiencia celebrada uno o más días después. Si el sospechoso se retractaba, lo que ocurría con frecuencia, se repetía el interrogatorio por tortura; quien confesaba con tortura y se retractaba en juicio y, por ello, se torturaba de nuevo, aprendía muy rápido que sólo una confesión *voluntaria* en juicio lo salvaría de nuevas agonías. MONTERO AROCA, J. con ORTELLS RAMOS, M. GÓMEZ COLOMER, L. y MONTON REDONDO, A, *op. cit.*; p. 27. FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, pp. 606-608. FRAMARINO DEI MALATESTA, N. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Tomo II, Temis, Bogotá, Colombia, 1988, p. 156. SERRA DOMÍNGUEZ, Miguel. *Declaración del imputado e indagatoria*. Enciclopedia Jurídica XII, Seix, Barcelona, España, 1965, pp. 202 y ss.

⁸ VÉLEZ MARICONDE, A, *op. cit.*, p. 94, FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 565. MONTERO AROCA, J, con ORTELLS RAMOS, M. GÓMEZ COLOMER, L. y MONTON REDONDO, A, *op. cit.*, pp. 26-27.

Se confundían en una misma autoridad las funciones de investigación, acusación y juzgamiento; se continuó con el mencionado culto a la escritura; se investigaba con pruebas; el juez disponía sobre las pruebas en la investigación y el juzgamiento; se trataba de procesos mediatos, y dispersos; el inculpado era objeto de investigación; la detención era la regla general; la víctima tenía un papel restringido; el objeto del proceso penal era imponer una pena al declarado culpable; la sentencia se adoptaba con base en lo que informara el expediente y el esfuerzo era más por instruir que por investigar.

La historia más reciente muestra cómo se emprendieron en nuestra América Latina múltiples reformas en materia penal que, poco a poco, fueron asomando el sistema procesal penal a un modelo de verdadera tendencia acusatoria. Por lo demás, no podía desconocerse que la incorporación al derecho positivo de las naciones Latinoamericanas de diversos tratados e instrumentos internacionales hacía necesaria, en forma cada vez más apremiante, la adopción de ese modelo.

Obviamente que nuestros países no tienen un sistema procesal único e inclusive, en las naciones federalistas, existen muchos estatutos procesales. Sin embargo, parece que ya los modelos empiezan a tener características esenciales que los hacen comunes: separación de funciones en lo que atañe a la investigación y acusación con el juzgamiento; marcada tendencia a la oralidad; pruebas en el escenario del juicio oral; intervención de un juez de garantías constitucionales; presencia de jurados; mayor protagonismo de las víctimas; procesos públicos; intermediación probatoria, modelos adversariales, etc.

Los actuales momentos, con la adopción de un sistema penal de notoria tendencia acusatoria, son de significativa esperanza para las naciones hermanas de nuestro hemisferio. El nuevo modelo ha tenido, en todos los países, acérrimos enemigos y, con seguridad, han sido múltiples los problemas para su completa implementación y cabal entendimiento por parte de todos los comprometidos.

3. Del principio acusatorio

El principio acusatorio, conlleva –necesariamente– las previsiones jurídicas que a continuación trataremos y sobre las que se detuvo el profesor MONTERO AROCA⁹.

⁹ MONTERO AROCA, Juan, *op. cit.*; p. 538.

1. *No puede haber proceso sin acusación previa, que tiene que ser formulada por un ente ajeno al tribunal sentenciador.*

Este aspecto, que hoy nos parece obvio, es la que llevó al Estado, al oficializar tanto la función punitiva como la persecutora, a desdoblarse en el proceso penal y, por un lado, actuar como requirente a través del reconocimiento del Ministerio Público y, por otro, actuar como decisor, por medio de la organización de sus tribunales.

Pero es necesario en este caso precisar que este principio cardinal del proceso establece solamente que no se puede iniciar juicio sin acusación previa, no que no pueda haber condena sin acusación, que son situaciones diferentes.¹⁰

Como en el proceso penal no existe un derecho subjetivo de los acusadores sobre la pena (recordemos que es una facultad soberana cuyo ejercicio se ha delegado en los tribunales), hay que concluir que el principio acusatorio exige la acusación previa para el inicio del proceso, a fin de preservar la imparcialidad del juzgador. Pero una vez desarrollado el proceso, el juzgador debe tomar partido, y decidir en un sentido u otro (todo proceso debe concluir con una resolución de condena o de absolución), al juez le viene prohibido el *non liquet*.

En relación con el ejercicio de la acción (acusación) las legislaciones ofrecen distintas alternativas para una vez que se haya iniciado el proceso:

- O bien se ordena expresamente que no se puede desistir de la acción pública emprendida
- O que pueda solicitarse por el acusador la absolución o retirar la acusación.

Como conocemos, la primera situación no es en absoluto vinculante para el tribunal, que puede absolver al acusado a pesar de la persistencia de la parte acusadora o puede, si es el caso, sancionar por una conducta que no es exactamente igual a la imputada (por ejemplo, si admite como probados una parte de los hechos o de un hecho, pero no todos los expuestos por la acusación) así como sancionar por un delito de menor gravedad que el calificado por la acusación.

¹⁰ *Ídem*, p. 538.

En el segundo caso, la regla general es que tal solicitud o decisión tampoco es vinculante para el tribunal o, de alguna forma, es irrelevante, por lo que podría dictar sentencia condenatoria (Código de Córdoba, Argentina, que dispone que el tribunal, en esos casos, pueda dictar, sin más, sentencia condenatoria.¹¹) a pesar del desistimiento de los acusadores.

Durante muchos años, al amparo del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, se podía también calificar el delito e imponer sanción aunque se retirara la acusación, aunque a partir de la explosión *social-democrática* posterior a la dictadura franquista, la jurisprudencia ha impuesto una interpretación contraria e incluso ha definido que para modificar calificaciones de la acusación es imprescindible que alguna de las partes acusadoras haga suya la tesis planteada por el tribunal al amparo del mencionado artículo 733¹² posiciones criticadas por parte de la doctrina española, por cuanto hace depender la función de los tribunales de las posiciones que adopten las partes en el proceso.

El proceso penal requiere la participación de los tres protagonistas clásicos, pero como hemos señalado. Razones de orden público (interés estatal), que están reflejadas en la ley (legalidad) determinan la actuación necesaria del proceso para decidir sobre la realización del *ius puniendi* (principio de necesidad) que ha sido atribuido al tribunal.

Si se estableciera como norma general (es decir, para cualquiera y todos los delitos) el mantenimiento de la acusación como un requi-

¹¹ Además de los mencionados, en los Códigos Procesales Penales de Guatemala y Costa Rica, promulgados en los finales del pasado siglo e inspirados en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, no se fija limitación alguna al tribunal para sancionar, según su criterio, en aplicación de la ley penal, al concluir el juicio.

¹² "La retirada de la acusación impide toda posibilidad de condena, sin que esa circunstancia pueda ser salvada, como hizo el Tribunal de instancia, mediante el empleo de la tesis, si tenemos en cuenta que, ante tal planteamiento, la parte acusadora no hizo modificación alguna de su postura, limitándose a "darse por enterado", sin añadir pretensión nueva a sus primitivos alegatos que, por tanto, quedaron sin modificar" (Sentencia TSE 3-11-88) "La retirada de la acusación impide la condena" (Sent TSE 4-7-90). GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio, "*Ley de Enjuiciamiento Criminal*", Edit COLEX, Madrid, 1992, p. 226.

sito *sine qua non* para producir un fallo de condena, se estaría concediendo a la parte acusadora un derecho subjetivo sobre la imposición de la pena y, de hecho, actuaría como titular del *ius puniendi* cuando, al retirar la acusación o solicitar la absolución, la pena no pudiera ser impuesta.

La aplicación de esta concepción vinculante, en sentido inverso, nos llevaría a la conclusión de que el tribunal, siempre que se mantenga la acusación por el requirente en el proceso, estaría obligado a sancionar, lo que constituiría un absurdo en relación con la función del tribunal e igualmente, convertiría al acusador en titular del *ius puniendi* y en innecesaria la existencia de un tercero imparcial para decidir la pena correspondiente.

Un proceso sin acusación formulada por ente ajeno al tribunal, convierte a éste en acusador, pero la posibilidad de condenar, aun en el caso de que, realizado el proceso el acusador desistiera de su acusación, *“no supone peligro alguno para la imparcialidad, pues el proceso ya está hecho*¹³. De la misma forma, tampoco afecta la imparcialidad que, agotada la actividad probatoria de las partes, el tribunal decida incorporar otros medios probatorios, para llegar a una más precisa solución del caso.

Así también lo dejó establecido sentada doctrina jurisprudencial constitucional española¹⁴, al sostener: *“la información -contenido del derecho a ser informado de la acusación a los efectos de defensa- ha de recaer sobre los hechos considerados punibles que se imputan al acusado, ya que ello es el objeto del proceso penal sobre el que recae primariamente la acusación y sobre los que versa el juicio contradictorio en la vista oral, correspondiendo al Tribunal la calificación jurídica de tales hechos en virtud del principio iura novit curia, sin que pese a ello esa calificación sea ajena al debate contradictorio el cual recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica”*.

¹³ MONTERO AROCA, Juan, *op. cit.*, p. 539.

¹⁴ STC de 10 de abril de 1981 y de 23 de noviembre de 1983. En MANZANA LAGUARDA, María Pilar. “El Principio acusatorio”. CD-ROOM del Cuaderno del Poder Judicial Español, 1996-2000, p. 2.

2. *No puede condenarse por hechos distintos a los acusados, ni a persona distinta a la acusada*¹⁵.

Esta consecuencia, tiene evidentemente una estrecha relación con el principio de contradicción, inherente a todo proceso jurisdiccional (bilateralidad) y con el derecho a la defensa (interdicción de indefensión) más específico del proceso penal, pero lo analizaremos solo a la luz del principio acusatorio y la garantía jurisdiccional en el proceso.

Claramente, nos encontramos aquí con una limitación al titular del *ius puniendi*, al definirse un marco determinado dentro del cual el tribunal puede ejercer tal facultad. Pero tal limitación es congruente con la necesaria acusación previa, pues si el órgano acusador delimita el objeto del proceso, permitir que el órgano decisor se extralimite en cuanto a hechos o personas imputadas, equivaldría a admitir que puede acusar por sí mismo y tal posibilidad compromete -aunque sólo fuera aparentemente- su imparcialidad.

Siendo facultad propia de los tribunales la aplicación de la Ley Penal y necesidad de su función la interpretación de la ley, las calificaciones jurídicas y la determinación de la pena, de conformidad con lo legalmente previsto (principio *iura novit curia*), son atribuciones propias de esos órganos, por más que las partes puedan proponer las que consideren más apropiadas. Si en algunos casos la propia Ley establece limitaciones en este ejercicio, especialmente ante la posibilidad de agravar la situación del acusado, como ocurre en el caso de Cuba, no se trata de una excepción al principio acusatorio, sino una concesión a los principios de contradicción y de defensa necesaria, para evitar un fallo sorpresivo contra el cual la parte acusada no haya podido oportunamente esgrimir sus argumentos jurídicos.

Similar regulación aparece en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, proyecto de cuyos autores no puede decirse que pasen por alto el principio acusatorio, estableciendo en su artículo 322 que "En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación (...) o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia" y del mismo modo ampara al acusado al disponer a continuación: "Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto al invocado en la acusación, comprendida su

¹⁵ *Ídem*, p. 539.

ampliación (...) si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica..."¹⁶

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español¹⁷, "*La correlación existente entre el delito acusado y el juzgado requiere: a) que la correlación debe afectar a los hechos que se consideran punibles y sobre los que se ha ejercitado la contradicción entre acusación y defensa; b) que sin variar los hechos objeto de acusación se pueda condenar por delito distinto siempre que sea homogéneo con el imputado, y de menor o de igual gravedad que las infracciones acogidas en las conclusiones de la acusación; y c) que, por tanto, no se puede condenar por delito más grave si el Tribunal no procede previamente como previene el art. 733 en relación con el 851.4, ambos de la LECRIM*"; pero incluso –apunta MANZANA LAGUARDA¹⁸, en este caso debe tenerse presente, añadido, que para que pueda prosperar la tesis sustentada por el tribunal debe previamente haberla hecho propia cualquiera de las acusaciones personadas.

Este es punto bien controversial en la doctrina y práctica contemporánea, acarrea dificultades o más que ello, discrepancias y no uniformidad en su análisis. Así, la afirmación que la base fáctica de la acusación vincula al tribunal de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún nuevo hecho en perjuicio del reo, no impide el que pueda ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba que haya sido practicada en el juicio oral, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido, posición de la jurisprudencia española¹⁹ que compartimos, sino que lo que le veda al tribunal es traer a su relación de hechos probados cualquier dato extraño a la calificación de las partes acusadoras de trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico y jurídico para una agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

¹⁶ MAIER, JULIO B., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo I Vol a, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 413.

¹⁷ Sentencia del T.S. de fecha 20 de septiembre de 1989. En MANZANA LAGUARDA, María Pilar, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ MANZANA LAGUARDA, María Pilar, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Español de 6 de junio de 1991, *op. cit.*, p. 3.

Así también, -sostiene la propia jurisprudencia²⁰ -consultada- que el sometimiento a la calificación jurídica no impide al tribunal que pueda apartarse de la calificación jurídica de los hechos formulada por la acusación, siempre que ello se produzca bajo la triple condición de que la pena impuesta no supere la gravedad de la solicitada por ésta, no varíen los hechos que son objeto de la misma y el delito por el que se condene guarde relación de homogeneidad con el acusado.

En consecuencia, a lo expuesto, el principio acusatorio exige que la acusación sea clara y precisa respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse. Ello no nos dice más, que entre los elementos que se contienen en el escrito de acusación formulado sólo dos tienen fuerza vinculante para el juzgador y eficacia delimitadora de lo que es objeto del proceso: el hecho por el que se acusa y la calificación jurídica hecha por la acusación.

Respecto del primero: el hecho por el que se acusa, debe éste contener todos los elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfeccionamiento del mismo, la participación concreta del acusado, las circunstancias agravantes sean genéricas o específicas o constitutivas de un tipo agravado, y en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa o lo que es lo mismo, la información fáctica precisa de las que dependen las sucesivas calificaciones jurídicas.

Respecto del segundo: la calificación jurídica hecha por la acusación, debe ésta contener la determinación de la clase de delito imputado, la de si es o no consumado o qué grado de perfeccionamiento tiene, el grado de participación del imputado así como las circunstancias agravantes concurrentes, datos todos ellos que deben estar acogidas en la acusación de tal modo que la sentencia no puede condenar más gravemente que lo que legalmente corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores.

²⁰ *Ídem*, Sentencia del Tribunal Supremo Español de 19 de septiembre de 1989.

3. *No pueden atribuirse a los juzgadores poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad*²¹.

El principio acusatorio se refiere a quien inicia el proceso y fija su objeto y no entrando en estas esferas, en principio, no debe haber merma de la imparcialidad del juzgador. Pero aun ampliándolo a quién debe aportar al proceso los hechos y las pruebas de los mismos, estaríamos también en el campo de quién asume las facultades materiales de dirección del proceso, tema que se define con una alternativa de reglas conformadoras del proceso: según la de la aportación de parte, serían éstas las que asumirán la dirección, mientras que según la regla de la investigación oficial, la dirección correspondería al juzgador.

Estamos así, ante reglas diferentes, que pueden interesarnos en lo que puedan significar, en uno u otro caso, algún riesgo para la imparcialidad del juzgador. Si admitimos que para preservar la imparcialidad del juzgador, éste no debe intervenir en la delimitación del objeto del proceso, sería congruente concluir que la aportación de hechos no puede corresponder al propio juez. Tampoco, en principio, el órgano jurisdiccional podría convertirse en investigador, buscando y aportando hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues con ello se convertiría en acusador. Sin embargo, admitir que el juzgador contribuya con las partes en la comprobación de los hechos que han conformado el objeto del proceso, mediante la disposición de la práctica de otras pruebas, no atenta en principio contra su imparcialidad²².

²¹ *Ibidem*, p. 542.

²² En cuanto a este tema, MONTERO AROCA cita en su trabajo, ejemplos de cómo se resuelve la situación en distintas regulaciones procesales penales europeas:

“1. En Alemania, el parágrafo 244, ap. 2 de la StPO dice que ‘el tribunal entenderá de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que fueren de importancia para la resolución’.

“2. En Portugal, el artículo 340.1 del nuevo Código de Proceso Penal de 1987, dispone que ‘el tribunal ordena, de oficio o a petición de parte la práctica de todos los medios de prueba cuyo conocimiento estime necesario para descubrir la verdad y bien decidir la causa’.

“3. En el *Codice de procedure penale italiano* de 1988 el Ministerio Público y las partes proponen los medios de prueba (artículo 493), pero terminada

Al aceptar esta posibilidad, se está reconociendo que atribuir facultades al juzgador (que está legalmente obligado a actuar objetivamente) en relación con la prueba a examinar, no afecta su imparcialidad, porque una cosa es que el juez determine el contenido fáctico de la acusación o que pueda cambiarlo introduciendo hechos a imputar al acusado y otra, diferente, es que pueda colaborar en la determinación de la existencia de aquellos hechos que fueron delimitados por los acusadores.

La forma en que obtuvo conocimiento el juzgador de la posible fuente de prueba que resulta pertinente, puede ser a partir del lógico empleo de determinados medios en ciertas circunstancias y tipos de hechos, es decir, por la experiencia previa y en otros casos, debido a los resultados de la prueba practicada, pero en nuestro criterio, si se produce una vez concluido el debate y no antes de que comience éste, no hay riesgo para la imparcialidad.

Situación bien diferente es admitirlo en algún trámite previo al juicio, que necesariamente implicaría que el juzgador tome conocimiento de los hechos por vía indirecta antes del juicio, para poder pronunciarse o no sobre la necesidad de pruebas, o la calidad o plenitud de la imputación, con lo cual, indudablemente está realizando un juicio previo sobre los hechos y la responsabilidad del acusado, ya sea en su favor o en su perjuicio, lo que afecta la imparcialidad

la práctica de los mismos el juzgador puede, si lo considera absolutamente necesario, ordenar de oficio la práctica de nuevos medios (artículo 507)

“4. En el derecho español, incluso en el más reciente proceso abreviado regulado en 1988, el juzgador puede disponer de oficio la práctica de cualquier medio de prueba (artículos 729 y 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.” MONTERO AROCA, Juan, *op. cit.*; p. 543.

En la LPP cubana, se establece en el procedimiento ordinario que, después de la práctica de la prueba propuesta y admitida en el juicio, el tribunal, de oficio o a proposición de parte, puede incorporar al debate otros medios probatorios que resulten necesarios y en el procedimiento abreviado se le concede amplia facultad para incorporar prueba desde el momento en que decide abrir la causa a juicio oral.

Es significativo, por otra parte, que el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica establece en su artículo 317 que “El tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”. MAIER, Julio B. J, *op. cit.*; p. 41.

de este juez en el caso de que se incorpore al tribunal que tendrá que resolver definitivamente el proceso.

4. Prohibición de la “*reformatio in peius*”

Esta previsión o cualidad que fundamenta o caracteriza el principio acusatorio –no planteada por MONTERO AROCA– es agregada por GIMENO SENDRA²³, y sostiene que del mismo modo que es necesario el establecimiento de la referida correlación subjetiva y objetiva, la virtualidad del principio acusatorio exige que en las sucesivas instancias no se pueda agravar más al apelante de lo que ya estaba por la sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne –independientemente– la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. De suerte a ello, el órgano “*ad quem*” ha de estar limitado por los límites objetivos y subjetivos, trazados por la acusación y la defensa.

La regla de la no reforma en peor, constituye doctrina consolidada del Tribunal Constitucional español²⁴, conforme a la cual la agravación de la pena al recurrente, realizada *ex officio* sin la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, genera inexcusable indefensión y conculca las previsiones del artículo 24.1 de la Constitución y el derecho a un proceso con todas las garantías.

3.1. La pretensión punitiva como categoría procesal

Muy vinculada a la previsión jurídica número 2, relativo a la congruencia entre la imputación –hechos– y los que resulten sancionados, lo está la llamada pretensión punitiva u objeto procesal.

Según MONTERO AROCA²⁵, la pretensión procesal se identifica por un conjunto de elementos, a saber:

1. Los sujetos -activo y pasivo-, es decir, tanto el que formula la pretensión como aquél frente a quien se plantea (demandado)

²³ GIMENO SENDRA, Vicente, *op. cit.*, p. 63.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 202 de 31 de octubre de 1988; 17 de 30 de enero de 1989; 153 de 15 de octubre de 1990.

²⁵ MONTERO AROCA, Juan, *op. cit.*, p. 589.

2. La petición, que tiene un doble componente:
 - a) relativo al objeto inmediato, que es la solicitud de una actuación del órgano judicial, que responde a alguna clase de tutela jurídica (declaración, constitución o condena, en esencia) y
 - b) otro, relativo al objeto mediato, que es algún bien de la vida (en sentido amplio) respecto del cual se afirma tener un derecho subjetivo.
3. La causa de pedir, que son hechos históricos que justifican la pretensión de tutela jurídica, no argumentaciones ni calificaciones

A continuación, expone MONTERO AROCA²⁶ sus argumentos en cuanto a la inexistencia de estos elementos en la realidad procesal penal, que resumimos del modo siguiente:

- a) Para la determinación del objeto del proceso penal es irrelevante quién es el acusador (Ministerio Público, particular, popular, querellante) porque sea quien fuere el acusador, no puede alegar un derecho subjetivo penal, no puede afirmar ser titular de una relación jurídico-material penal. Tendrá derecho a acusar (y solicitar que se aplique la ley penal) si es un particular o el deber de hacerlo, si es el Ministerio Público, pero en ningún caso se podrá atribuir como suyo, el derecho a penar.

En relación con el acusado, la situación es distinta: la determinación de quien lo sea, sí forma parte de la individualización del objeto del proceso y por ello, no podría quedar tal decisión dentro de las facultades del juzgador; si el acusador pudiera cambiar el elemento subjetivo, estaría, en realidad, acusando, lo que es contrario al principio acusatorio. Si una ampliación tal se realizara por la parte acusadora en el momento procesal de elevar a definitivas sus conclusiones, el principio acusatorio quedaría satisfecho, pero si este tipo de ampliación está prohibida en todos los ordenamientos, su causa debe buscarse en el principio de contradicción, no en el acusatorio.

- b) Respecto a la petición, no cabe en el proceso penal más clase de tutela judicial que la de condena, el juicio declarativo en lo penal es siempre de condena, no existiendo ni declaración pura, ni creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas penales.

²⁶ *Ídem.*

El acusador no tiene posibilidad de decidir libremente entre clases de tutela: solo existe una y su petición ha de referirse solo a ella, por lo que la petición en este sentido resulta inútil.

La petición que se refiere a la pena, tampoco sirve para delimitar el objeto del proceso, tanto que puede calificarse asimismo como innecesaria, ya que por un lado el acusador no tiene disposición alguna sobre el tema, sino que está sometido a la legalidad y a lo mismo está sujeto el juzgador.

Por otro lado, nada tiene que ver con la imparcialidad el que el juez, después de la realización del proceso quede o no vinculado por la petición concreta del acusador. Si llegara a establecerse legalmente que la petición acusadora vincula al juzgador respecto a la pena, se estaría no acentuando el principio acusatorio, sino reconociendo a los acusadores la disponibilidad sobre el derecho a penar, concediéndoles un derecho subjetivo penal.

c) La causa de pedir es el hecho que ha sido imputado al acusado y aquél sí determina el objeto del proceso y guarda relación con el principio acusatorio: el objeto de la acusación no puede quedar en manos del tribunal, pues ello sí afectaría su imparcialidad. Por similar razón, la calificación jurídica del hecho y sus circunstancias, no puede servir para determinar el objeto del proceso y no vincula al juzgador. No sólo es que éste deba atender a la regla *iura novit curia*, que es común a todos los procesos, sino que no cabe relacionar con ella una hipotética merma de la imparcialidad.

En conclusión, el principio acusatorio – únicamente - puede alegarse como determinante del contenido de la acusación y ésta solo puede referirse a la persona imputada y al hecho criminal. Es solo en este sentido que el juzgador queda vinculado con la acusación. La prohibición que el juzgador pueda modificar la calificación, por ejemplo, o que solo pueda hacerlo previa consulta al respecto con las partes, puede explicarse desde el principio de contradicción, no en relación con la imparcialidad.²⁷

²⁷ *Ibidem*, pp. 539-541.

4. Independencia e imparcialidad judicial

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional resulta un importante presupuesto para la actuación imparcial de los tribunales, que generalmente tiene rango constitucional. Como se conoce, se exige que tal independencia se manifieste en un orden externo, esto es, en relación con otros poderes u otros órganos estatales, impidiéndose cualquier intromisión de éstos en la solución de los casos.

A tales efectos, los tribunales se crearon en las sociedades modernas como un “poder” estatal autónomo, independiente de los otros órganos del poder del Estado pero, además, desde los inicios del siglo XX se comenzaron a estudiar y aplicar diversas medidas para lograr que, dentro de la organización estatal, los tribunales gozaran de la mayor independencia en cuanto al ingreso, la permanencia, el ascenso en grado y la separación de los jueces y hasta para garantizar la autonomía económica de la organización jurisdiccional.

Tal independencia no se logra simplemente con consagrarla constitucional o legalmente; se necesitan medidas prácticas, órganos de autogobierno, limitaciones a otras autoridades, reglas precisas y especialmente, voluntad política de respetar tal independencia.

Sin abordar el panorama de la mayor o menor efectividad de algunas de esas medidas puestas en práctica al respecto, solo acotamos que, en cualquier caso es muy difícil excluir a los magistrados de influencias políticas e ideológicas e incluso, de la coacción indirecta que un régimen de terror (como los padecidos hasta finales del siglo pasado en muchos países latinoamericanos) ejerce en los jueces.

Nos lleva de la mano GIMENO SENDRA²⁸, en la concepción del principio de independencia judicial, cuando afirma que dentro del concepto de juez predeterminado por la ley, hay que entender incluida la independencia judicial, pues la propia Constitución requiere que los titulares de la potestad discrecional sean jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

Así también se pronuncia el Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y el 6.1 de la Convención Europea de

²⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *op. cit.*, p. 42.

Derechos Humanos, cuando establece el derecho que a todos asiste a ser juzgados por tribunal independiente e imparcial.

De cara a tales principios o presupuestos de la administración de justicia, es que aparecen los institutos procesales –y así son recogidos en la mayoría de los ordenamientos procesales- de la abstención o excusa del juez y la recusación. En el caso español, su inobservancia es denunciada por la vía del amparo constitucional, ante el Tribunal de este orden, tal y como lo ha dejado establecido en sus pronunciamientos²⁹: el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley, comprende recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime concurren las causales legítimamente tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad o naturalidad.

Pero si importante es la independencia externa del juez, también lo es la interna, es decir, en relación con el propio poder judicial o sistema de administración de justicia. Aun cuando se adopten algunas medidas para evitar que unos tribunales se vean influidos o determinados por otros, es muy difícil lograrlo mientras se mantenga una organización vertical y jerarquizada de los órganos jurisdiccionales, en la cual, de uno u otro modo, los tribunales superiores pueden enmendar las decisiones de los inferiores.

Cuando un juez, al momento de decidir sobre un caso, tiene que reflexionar sobre lo que haría al respecto el tribunal *ad quem* si alguna de las partes recurre, no está actuando con real independencia: ésta se reduce, aunque no parezca ser notablemente y con esta reducción también se altera la imparcialidad con la que deberá actuar, ya que, al menos en determinados casos, no decidirá exclusivamente por su propio criterio, sino que aplicaría concepciones preestablecidas por otros. Aun cuando la jurisprudencia del superior no resulte obligatoriamente vinculante, el solo hecho de estar potencialmente sujeto a la corrección de sus decisiones por aquél, funciona subjetivamente, al menos, como condicionante de sus decisiones³⁰.

²⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional Español, 47 de 17 de marzo de 1982; 148 de 28 de septiembre de 1987.

³⁰ En relación con este problema existen otras situaciones objetivas cuya solución no es tampoco sencilla, como la cuestión de que indudablemente hay jueces con menor preparación y experiencia, que generalmente ocupan los primeros escalones de la pirámide de los órganos de justicia, así

Indudablemente, cualquier merma de la independencia del juez, externa o interna, objetiva o subjetiva, implica una disminución de su imparcialidad, en sentido general.

La imparcialidad, propiamente, es la independencia de criterio en la interpretación de la ley, en relación con el caso concreto y se manifiesta en varios sentidos. Las leyes, generalmente, establecen como causas de excusa o recusación del juez, diversas circunstancias que pueden influir en sus criterios, tales como la relación pacífica o conflictiva con algunas de las partes o los intereses comunes o contrapuestos a los de éstas y el haber intervenido anteriormente, de algún modo en la sustanciación de las actuaciones o en la solución del caso en primera instancia.

Hoy es claro para todos que el principio acusatorio supone que no pueden ejercerse por el mismo órgano las funciones de investigación (en la fase preparatoria o preliminar) y de enjuiciamiento, por lo que ello puede afectar a su necesaria imparcialidad. Del mismo modo, tampoco es dable aceptar que el propio juez formule la tesis acusatoria que debe resolverse en el proceso, lo cual constituiría un grave quebranto de su imparcialidad.

5. El acusatorio en el Derecho Mexicano

El fin declarado en la Reforma Constitucional mexicana de 2008, respecto al proceso penal, fue el establecimiento de un sistema procesal acusatorio, con el propósito de sustituir el antiguo proceso inquisitorio, considerado unánimemente - completamente viejo, por un procedimiento moderno. En su Artículo 20³¹, la citada Carta Magna

como la necesidad de abastecer a las partes de los apropiados remedios ante resoluciones judiciales injustas o por otra causa fallidas y a su vez, el tipo de recurso que se decida establecer y otros muchos problemas que exceden el propósito de estos apuntes.

³¹ *Cfr.*, Artículo 20. Constitución de México. Reforma Constitucional, 2008. El 18 de junio de 2008 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. el reto de nuevo sistema de Justicia Penal Acusatorio en México es dar mayor transparencia a los pro-

proclama, al inicio que el proceso es acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediatez.

La reforma implica un cambio de paradigma que los operadores están dispuestos a entender y asumir, por lo que se ha dado inicio a una etapa más en la capacitación de los jueces de Distrito y magistrados de Circuito, a fin de auxiliarlos a adquirir nuevas habilidades y consolidar su preparación profesional, en aras de que la reforma penal cristalice.

Acaso el sistema acusatorio tiene como única o principal finalidad reducir la criminalidad? – Se pregunta LUNA CASTRO³²- No, claro que no, es un cambio de las reglas del procesamiento en beneficio de las expectativas de un Estado de derecho democrático, donde la persona que sea señalada como delincuente (lo sea o no) tenga al menos un proceso justo en términos de la legalidad; obviamente esto no significa inclinar la balanza a favor de la delincuencia, pero tampoco que el proceso en sí mismo va a solucionar todos los problemas multifactoriales que generan o incrementan la criminalidad.

Desde el antiguo sistema se suscitaba la discusión en torno a que si el proceso daba inicio con la consignación o a partir del dictado del auto de formal prisión. En nuestra consideración, el proceso, en este nuevo sistema, inicia con el ejercicio de la acción penal que realiza el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, con independencia de si se trata de un ejercicio con o sin persona o personas detenidas. Lo importante es que el ejercicio de esa acción penal da lugar a la actividad jurisdiccional, de tal suerte que el juez tiene que ordenar, según sea el caso, la actividad procedimental a que haya lugar, es

cesos judiciales, garantizar la reparación del daño a la víctima u ofendido, enfatizar el respeto a los derechos humanos y dotar de más y mejores instrumentos para combatir a la delincuencia. SILVA MEZA, Juan N. "Prólogo" a recopilación de las ponencias o exposiciones que formaron parte del Diplomado *El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la perspectiva Constitucional*. México, 2011 D.R. 2011, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación.

³² LUNA CASTRO, José Nieves, "Introducción al estudio y análisis del Sistema Acusatorio Adversarial", *El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la perspectiva Constitucional*, México, 2011 D.R. 2011, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, op. cit., p. 32.

decir, pronunciarse sobre la procedencia de la orden de aprehensión o comparecencia o citar para la audiencia inicial.

En este nuevo esquema se incluye –también– la etapa de la investigación formalizada, que tendrá lugar después del auto de vinculación a proceso, en la que tanto el Ministerio Público como la defensa tendrán oportunidad para allegarse de elementos probatorios que podrán presentar en juicio a fin de acreditar sus respectivas pretensiones.

La crítica en este sentido –expone GARCÍA GARCÍA³³– radica en que cómo puede seguirse investigando si ya hasta se le dictó auto de vinculación a proceso a una persona, y que para ese supuesto el Ministerio Público ya debió haber aportado datos de prueba suficientes para ello; la respuesta a esta cuestión radica precisamente en que en este nuevo paradigma procesal, el Ministerio Público como órgano persecutor, tanto para solicitar una orden de aprehensión o comparecencia como para pedir que se le dicte un auto de vinculación a proceso a determinada persona, solamente tiene que aportar datos de prueba, pues éstas, las pruebas, solamente pueden ser desahogadas en juicio, por lo tanto, la investigación formalizada tiene por objeto precisamente robustecer el contenido probatorio a fin de que el Ministerio Público esté en aptitud de sustentar su acusación o que la defensa desvirtúe la misma ante el juez de la causa durante el juicio.

Para el profesor Alemán BERND SHÜNEMAN³⁴, la Constitución mexicana –a partir de esta reforma– constituye un monumento a los principios de un Derecho procesal penal moderno. Muy bien –considera el profesor– que la Constitución no haya copiado –de manera consciente– el Sistema de Jurados, la decisión de la cuestión de la culpabilidad por doce jueces laicos, que actúan independientes, este es mucho más complejo y lento y por tanto hace colapsar la justicia penal con el enorme número de casos, mientras que el sistema del juez

³³ GARCÍA GARCÍA, Samdra Allicia, “El procedimiento penal”, *El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la perspectiva Constitucional*, op. cit., p. 273.

³⁴ SHÜNEMAND, Bernd, “Bases y principios político-criminales del sistema procesal penal acusatorio. ¿Cómo se pueden lograr sus fines? Conferencia impartida el 11 de noviembre de 2011 durante la realización del Seminario Internacional –Temas actuales del Derecho penal y del proceso penal–. Ciudad de México, D.F. Traducción de Mariana Sacher. Inédita., pp. 1-7.

profesional es todo lo contrario y encamina más rápido la realización de los procesos.

Al fijar la estructura contradictoria –la Constitución mexicana- dio ya importante paso de avance en dirección al modelo de los Estados Unidos³⁵, alejándose –con ello- del modelo continental europeo clásico. De cara a lo que acontece en dichos países –creo que los más importantes del mundo en el ámbito que nos ocupa- la idea estaría en qué medida se puede mejorar la actitud del sistema procesal acusatorio para que logre sus fines, impidiéndole –entonces- que retroceda en la historia.

Compleja y añeja discordia –respecto a la predisposición del juez- para la celebración del juicio oral frente a los derechos del imputado, ha dejado resuelto la reforma constitucional. Prohíbe –dicho texto en su artículo 20- todo tratamiento previo del caso por parte del juez del juicio. Tal situación significa que el juez que va a conocer y dictar sentencia, no ha realizado pronunciamiento alguno respecto a la presunta culpabilidad imputada al admitirse la acción penal en la apertura del juicio oral³⁶.

Otro punto –también discutido- es la obtención –en juicio- del testimonio de los testigos que ya declararon en la fase de investigación,

³⁵ Lo que domina la práctica procesal norteamericana –como la alemana- apunta SHÜNEMAND, es la sustitución del juicio oral y, con ello, del sistema procesal acusatorio, por el procedimiento de investigación. Al imputado le es comprada la renuncia a someterse a juicio oral o lo que es lo mismo, se obtiene dicha posición mediante la negociación de la pena y con amenaza que de no aceptarlo, se le agravaría la pena.. La acritica para ello es que se trata de un modelo desconsiderado, cuya práctica procesal –se puede decir- ha regresado al antiguo proceso inquisitorio y lo ha empeorado. Este proceso de investigación, al que le continúa un verdadero juicio oral, sólo –muy raras veces- se encuentra en manos de la Policía, en todo caso es encontrado por el Ministerio Público, *op. cit;* pp. 1-7.

³⁶ Situación diferente es lo que sucede en el proceso penal Alemán, donde el tribunal del juicio oral ha leído –anticipadamente- el expediente investigativo y ha confirmado –con ello- al admitirlo a juicio, la probabilidad de la condena en la resolución sobre la apertura del juicio, lo que inadecuado –tanto para hallar la verdad material- como para el imputado que ha de sentirse con muy pocas posibilidades ante dicho juez.

en cuyo caso –la recomendación de SHÜNEMAND³⁷- es que ha de comenzar con la rendición de informe testimonial del testigo compaciente respecto a su conocimiento sobre los hechos que se tratan, en evitación de toda influencia. En este aspecto, se hace observaciones muy interesantes. Así, en el sistema procesal alemán tiene previsto que el testigo describa los sucesos que conozca relativos al caso –primeramente- sin que haya influencia de tipo alguna. Ello representa algo engorroso y confuso para algunos testigos, pero es garantía para su declaración que no pueda ser retocada o trucada –afirma SHÜNEMAND³⁸- mediante la técnica del interrogatorio. Esta es una ventaja de dicho procedimiento.

A tal situación –se encara dos desventajas que reducen tales beneficios- la predisposición del juez alemán –que ha leído los testimonios obrante en los autos- y a posteriori de la rendición libre del testimonio, es dicho juez quien hace uso de la palabra e interroga, para después hacerlo el Ministerio Público y por último el Defensor.

La posición inconsciente del juez y su apego a los testimonios obrantes en el expediente investigativo, lo lleva a dirigir el interrogatorio hacia el camino de la culpabilidad que deriva de dicha investigación y por la que el imputado está allí y previamente se apertura a juicio la causa –luego entonces- el principio de verdad material flaquea ante dicho estado de cosas.

Es –irremediablemente imposible- demostrado por estudios realizados, que llevado el imputado a juicio oral, por el mismo juez que lo celebra, que la posición de este último no esté encamina –más a la prueba de cargo que a la de descargo-, por lo que al juez alemán le falta la neutralidad que afecta principios importantes del sistema o modelo acusatorio y con ello afecta la objetividad procesal en la realización de la prueba.

Por otra parte y siguiendo esta línea de pensamiento –bajo esta práctica de aplicación del modelo acusatorio- el Defensor realiza –como ya expresamos- su interrogatorio de último, cuando el testigo ya ha definido –sobradamente- con sus respuestas y postura la atención del tribunal, al punto que –nos atrevemos a afirmar- que el resultado de sus preguntas –cuando favorezcan al imputado- apenas

³⁷ *Ídem.*

³⁸ *Ibidem.*

es posible desviar hacia ella la atención del tribunal, en medio de lo que con anterioridad ha acontecido.

Conteste con SHÜNEMAND –se sugiere- que una vez que el testigo a rendido su informe testimonial, el que no obsta para que en algunos casos y circunstancias concretas, reciba apoyo del juez encaminado a precisiones o detalles de lo que se expone, sin llegar a formular preguntas críticas del hecho que se expone, se daría paso a las preguntas del Defensor, que significaría –ello- equilibrar o compensar la debilidad y perjuicio de la defensa que es evidente en todo proceso penal. Esta posición no sólo se justifica con el debido proceso y la equidad procesal, sino que entra en relación directa con el principio de la búsqueda de la verdad material y de la posición que tiene frente al proceso el imputado, en su condición de sujeto procesal.

Nada de dudoso tiene, a partir que el Ministerio Público y la Policía, han reunido –como mejor han convenido, pues posibilidades y poderes procesales tienen para ello- el material probatorio más contundente a los fines de la culpabilidad del imputado –entonces- es correcto y legal que el Defensor –en el juicio oral- inicie sus interrogatorio con el control de la fiabilidad de ese arsenal probatorio arrimado al proceso y no que el Fiscal haga profilaxis con sus testigos a través de sus interrogatorios.

Incluso –sostiene SHÜNEMAND³⁹ en sus recomendaciones para el sistema mexicano- que la presencia del imputado no sea simbólica y se procure buscar –dentro del propio juicio oral- un espacio para que el mismo pueda contradecir los testimonios de los testigos, en su condición de sujeto procesal.

La participación del juez, dentro de este modelo acusatorio, estaría encaminado, ya finalizado las etapas anteriores –testimonio libre del testigo, posible intervención del imputado, interrogatorio del Defensor y del Fiscal- formular preguntas críticas con el fin de comprobar la credibilidad del testigo, pudiéndose –con ello- cerrar lagunas- que sobrevengan del interrogatorio de las partes.

Dicho modelo tiene utilidad en la búsqueda de la verdad material, cual es utilizado en el Derecho procesal español: Obliga al juez mantener la atención hasta lo que le hemos llamado última etapa de esta parte del juicio oral, a los fines de ver que preguntas es la que

³⁹ SHÜNEMAND, Bernd, *op. cit.*, pp. 1-7

hay que hacer para dejar válidamente cumplido esos fines, y, pudiera compensar unilateralidades que también hayan sobrevenido a las estrategias o técnicas de los interrogatorios de las partes.

La conformación constitucional del principio acusatorio, comporta las mejores garantías para lograr al mismo tiempo dos fines, que constituyen los fundamentos más importantes del moderno Estado de Derecho democrático y su ordenamiento penal; la búsqueda de la verdad material y el reconocimiento y respeto de los derechos del imputado; pero dicho modelo solo sobrevivirá cuando sea capaz –suficientemente- de hacer frente a la criminalidad, para lo cual –tendría México- que construir alternativas loables que permitan conjugar dicho modelo, con el muro de contención que le ofrece la cada vez más creciente forma de criminalidad, en lo que pudiera estar- la aplicación del principio de oportunidad y el procedimiento abreviado, en aquellos casos en que sea factible su solución –a partir de los principios *ut supra* señalados- sin necesidad del agotamiento del proceso penal hasta su última fase del juicio oral y el dictado judicial de sentencia.

6. Conclusiones

Resultado del proceso de codificación y los avances del proceso penal internacional –desde su aparición-, encuentran en el proceso de reforma procesal en América Latina importante salto en el desarrollo de nuestra región, la que puede exhibir en estos momentos, en muchos de nuestros países, los códigos más modernos del mundo en el ámbito del Proceso Penal.

La reforma penal del área, encuentra obstáculos que deberá –obligadamente vencer- para la continuidad del camino emprendido, dentro de ellas, lo están posiciones que reducen el fenómeno –desde visiones –aparentemente- distintas y en el que cada una de ellas es lo fundamental: 1. Deficiencias profesionales y humanas de los operadores del Derecho penal; 2. Deficiente administración de los recursos humanos y materiales que mueven y posibilitan la maquinaria judicial y 3. Rígidas culturas de trabajo y organización, reglado por normas muy antiguas, aunque –posiblemente- no se tratan de visiones encontradas e incompatibles, razón que lleva a su unidad y posición única.

Para la consolidación y el desarrollo de los regímenes democráticos dentro de un Estado constitucional de derecho, es imprescindible hoy día, un sistema de administración de justicia penal democrático, moderno, eficiente, transparente y rápido en la resolución de los problemas, que garantice a los ciudadanos confianza y seguridad jurídica. Estas exigencias de la sociedad contemporánea –están expuestas

en el contexto penal latinoamericano-; pero requiere y exige, transformar sus estructuras y modernizar su funcionamiento.

La conformación del sistema acusatorio trae consigo un proceso penal, garante y justo en el que se requiere que la acusación se realice por persona-natural o jurídica- independiente, sin vínculo alguno con el órgano que juzgue e implica preestablecer el contenido de la acusación, definiendo el objeto del proceso, de manera que pueda entonces establecerse una correlación entre la imputación y la sentencia, donde se respete además el principio de la *reformatio in peius* y en los que los poderes de dirección –prerrogados a favor de los jueces- no lleven al menoscabo de la imparcialidad en su actuar.

La implementación del proceso penal acusatorio, debe hacer uso de la oralidad como principio instrumental para la materialización de otros principios (inmediación, concentración, contradicción y publicidad), en todo el proceso penal y no sólo en la fase de juicio, desformalizando así la fase instructiva. Las aún vigente y arraigadas secuelas del sistema o modelo de enjuiciar anterior, cultura del expediente, de la escritura, el formalismo y la burocracia, principalmente en las dos primeras fases del proceso (fase preparatoria y fase intermedia), significará –por algún tiempo- el avance paulatino de las exigencias, principios y requisitos del nuevo modelo de justicia penal, cuya mentalidad y mecanismos inquisitoriales habrán de dar paso a las nuevas fórmulas de interpretación y aplicación de la ley.

El proceso de reforma procesal penal que vive Latinoamérica hoy día, y que inició en los últimos diez años del siglo XX, debe verse, en el contexto mundial, como el resultado del conjunto de acontecimientos políticos y económicos que han variado el rumbo de la historia de la humanidad. La reforma procesal penal de nuestros países no significa simplemente la vigencia de un nuevo Código procesal penal, sino además, conlleva la implementación de un nuevo sistema de justicia penal que va más allá del mundo judicial, que también implica un cambio de cultura, un cambio de actitudes no sólo en los operadores de justicia sino en todas las personas, un cambio de mentalidad en la forma de pensar y razonar, un cambio en la forma de enseñar y de aprender, de tal manera, que implica cambio de modelo en la administración de justicia penal y exige –romper- con las aún arraigadas estructuras inquisitoriales.

El proceso de reforma de la justicia penal que vive y vivirán estos países desde sus reformas constitucionales, es mucho más profundo y va mucho más allá del cambio de sistema en la aplicación de la justicia penal, se trata de fortalecer los cimientos de un Estado Constitucional de Derecho en países que caminan por la senda de

la democracia con una forma republicana de gobierno, que impone como instrumento para aplicar justicia un modelo de proceso penal democrático, sobre la base de un Derecho Penal mínimo, de *última ratio* y más garantista.

La vigencia del Código procesal penal- también impone- la creación de la infraestructura necesaria y adecuada para que éste opere, hasta el funcionamiento de una nueva forma de gestión de despacho judicial, pasando por procesos de capacitación y entrenamiento a operadores de justicia y campañas de sensibilización para que la población no sólo comprenda, sino participe en la administración de justicia, todo lo cual depende primordialmente de la inversión financiera que el Estado disponga para garantizar un adecuado funcionamiento del modelo.

El sistema acusatorio, como modelo de aplicación de la justicia penal, responde también a plan de política criminal que le interesa al Estado en momento determinado, de suerte que identifique –*contrario sensu*- a lo hasta ahora existente, con los Estados de corte democrático dentro del sistema republicano de gobierno y se identifican más con el modelo acusatorio, siendo éste el que mejor garantiza un juicio justo y una justicia en igualdad de condiciones entre cada una de las partes, partiendo necesariamente del ejercicio de la acción- acusación- planteada y sustentada por el Ministerio Público, como órgano fiscal, distinto al órgano jurisdiccional que le corresponde – únicamente- resolver.

7. Bibliografía

- CLARIA OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1960.
- DAVID, Rene. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Biblioteca Jurídica Aguilar, S.A. Juan Bravo 38, Madrid, España, 1969.
- GARCÍA GARCÍA, Samdra Allicia. “El procedimiento penal”. En, *El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la perspectiva Constitucional*. México, 2011 D.R. 2011, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación.
- GIMENO SENDRA, Vicente. “Los principios del proceso penal”. En *Derecho Procesal Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Edit COLEX, Madrid, 1992.
- FENECH, M. *Derecho Procesal Penal*, Editora Labor, Barcelona, España, 1960.

- LUNA CASTRO, José Nieves. "Introducción al estudio y análisis del Sistema Acusatorio Adversarial" *El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la perspectiva Constitucional*. México, 2011 D.R. 2011, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación.
- MAIER, Julio B. "Derecho Procesal Penal Argentino", Tomo I Vol a, Edit Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- MANZANA LAGUARDA, María Pilar. "El Principio acusatorio". CD-ROOM del Cuaderno del Poder Judicial Español, 1996-2000.
- MONTERO AROCA, Juan. "La Garantía Procesal y el Principio Acusatorio" en *Justicia y Sociedad*. (VV AA) Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.
- _____. *La Garantía Procesal y el Principio Acusatorio*, Editorial Reus, 1998.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, *Principios del Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, España, 2000.
- SILVA MEZA, JUAN N. "Prólogo" a recopilación de las ponencias o exposiciones que formaron parte del Diplomado *El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la perspectiva Constitucional*. México, 2011 D.R. 2011, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación.
- SHÜNEMAND, Bernd. "Bases y principios político-criminales del sistema procesal penal acusatorio. ¿Cómo se pueden lograr sus fines?". Conferencia impartida el 11 de noviembre de 2011 durante la realización del Seminario Internacional –Temas actuales del Derecho penal y del proceso penal-. Ciudad de México, D.F. Traducción de Mariana Sacher. Inédita.
- VIADA LÓPEZ, C. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Imprenta Alpe, S.L., Madrid, España, 1950.

La retirada de la acusación por el fiscal en el proceso penal. Nudo gordiano del principio acusatorio

DR. JUAN MENDOZA DÍAZ*

Sumario

1. A manera de introducción
2. La retirada de la acusación por el fiscal
3. Bibliografía

1. A manera de introducción

La generalidad de los países de nuestro Continente, con excepción de Cuba y Puerto Rico, no fueron destinatarios de la reforma española decimonónica, que se derivó del proceso codificador napoleónico, especialmente su Código de Instrucción Criminal de 1808, que marcó el inicio de la gran reforma procesal europea¹.

* Profesor Titular de Derecho Procesal y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal. mendoza@lex.uh.cu

¹ Mención aparte merece el Código de Procedimiento Penal de la Provincia argentina de Córdoba de 1939, obra de los grandes maestros Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, que constituyó el primer ordenamiento procesal moderno de nuestro Continente, inspirado en los modelos procesales europeos, en especial el Código de Instrucción Criminal de Napoleón de 1808, la Ordenanza procesal alemana de 1877, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 y de fechas más recientes, los Códigos Procesales italianos de 1913 y 1930. Pero este Código es un rara avis en el panorama americano.

Ley de Enjuiciamiento Criminal española (Lecrim), de 14 de septiembre de 1882 se hizo extensiva a Cuba, aún Colonia, en el año 1889 y rigió hasta el año 1973, o sea, 85 años; en que fue sustituida por la primera Ley procesal penal del período revolucionario, la Ley No. 1251, nuestra mejor ley de procedimiento, derogada en el año 1977 por la actual Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal.

En un trabajo de 2009, del profesor cubano RIVERO GARCÍA, titulado *La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en el proceso penal cubano actual*, presentado en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal de La Habana, cuyas memorias fueron gentilmente publicadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de Puebla, recalca la continuidad histórica del modelo de enjuiciamiento español en el nuevo proceso cubano. En este trabajo RIVERO GARCÍA llama la atención que a pesar de que en la Carta de presentación del Proyecto de la Ley Procesal de 1973 se expuso: “que éste recogía nuestra experiencia, y la de otros pueblos, particularmente aquellos que construían el socialismo”, era difícil apreciar la existencia de esas “nuevas leyes” destructoras del viejo sistema. Sentenciaba el profesor cubano que en sus grandes líneas, es el esquema de procedimiento de la más que centenaria Lecrim, el que resultó acogido por las leyes del período revolucionario; sus grandes problemas están latentes y las virtudes se han extendido en el tiempo; de manera que no es equivocado sostener, que dicha ley vive, y tiene una vigencia real de 120 años².

Esta posición es conteste con lo que expresó el profesor DE LA CRUZ OCHOA en su homilía a ZAFARONI en el Aula Magna de la Universidad de La Habana, en julio del 2013, ocasión en que se le confirió el Honoris Causa al destacado profesor argentino. En esa ocasión DE LA CRUZ OCHOA hizo referencia al intento de nuestro país por crear un denominado derecho penal socialista, bajo el influjo de la que fuera predominante doctrina soviética del momento. Intento que no pasó de la retórica, sin que se pueda hablar de una realización concreta. Posición que había sido argumentada precedente desde la Teoría del Derecho por el desaparecido profesor FERNÁNDEZ BULTÉ³.

² RIVERO GARCÍA, Danilo, “La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en el proceso penal cubano actual”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, A.C, México; No. 24, 2009, pp. 24-91.

³ Refiriéndose a este fenómeno, el profesor FERNÁNDEZ BULTÉ expresaba gráficamente: “Ese conato de sistema de Derecho socialista fue surgiendo (...)”,

A pesar del juicio crítico del profesor RIVERO GARCÍA, que comparto, la reforma cubana del año 1973 introdujo importantes elementos de modernidad, como la eliminación de la figura del juez de instrucción y el protagonismo de la fiscalía en la investigación. Se introdujo una audiencia oral y contradictoria en manos de los jueces para imponer las medidas cautelares, lo cual se eliminó en la reforma de 1977 y que constituyó un criticable retraso en nuestro modelo procesal penal.

El panorama procesal penal en el resto del Continente tuvo sus propias particularidades, pues luego de un prolongado período de predominio del modelo inquisitivo, ante la inercia por modernizar el enjuiciamiento, no fue hasta las postrimerías del Siglo XX, específicamente en los 90, en que comienza un despertar normativo en este campo, que dio inicio a lo que se conoce como la Reforma Procesal de América Latina, con puntos iniciáticos en Argentina y Guatemala, en 1991 y 1992, respectivamente, que posteriormente se extendió a la generalidad de los países del Continente.

En este proceso de cambios han intervenido varios factores. Sin orden de jerarquía podemos mencionar la influencia de la reforma europea, esencialmente la que se produjo en Alemania en la década del 70 del pasado siglo, a la cual le siguió la italiana, en la que se introdujeron importantes novedades encaminadas a dar un papel protagónico en la investigación al ministerio fiscal, la introducción de soluciones alternativas al juzgamiento penal, que significó una disminución de la absoluta preponderancia que hasta ese momento tuvo el principio de legalidad, entre muchos otros elementos.

En la Reforma procesal penal americana influyó también la apertura a la democracia de un grupo importantes de países en nuestro hemisferio y la influencia que en los nuevos gobiernos ejercían los organismos internacionales, para que se cumplieran de forma efectiva en las legislaciones nacionales los compromisos asumidos con los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos,

en medio de una situación pugnaz en que se enfrentaba la poderosa técnica romano-francesa con mimetismos procedentes de Europa del Este, puesto que no me atrevo a afirmar que el enfrentamiento fuera con una técnica jurídica novedosa propia del campo socialista." FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, "Prólogo" del libro *Perspectiva del Derecho cubano actual, tomo I*, Editorial Reus, Madrid, 2006, p. 20.

específicamente en nuestra área el Pacto de San José de Costa, que había sido suscrito por un gran número de países del área.

Otro elemento de influencia lo desempeñó también la creación del Código Procesal Penal Modelo, obra del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuya elaboración participaron autores argentinos, inspirados en las últimas reformas europeas en este campo, especialmente las alemanas, y que hicieron merecido tributo al Código de Córdoba, que brindaba un material referencial propiciatorio para acometer la obra legislativa.

El último de los elementos catalizadores fue las aportaciones económicas en pos de la reforma, provenientes de los organismos financieros internacionales, Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, así como de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID), que aportaron importantes financiamientos para lograr la implantación de la reforma, con el interés de hacer compatibles los procesos penales del hemisferio con las normas del modelo de enjuiciamiento norteamericano⁴.

La reforma se caracteriza por la introducción, a la mayor escala posible, de los principios que informan el sistema acusatorio y en la solución del nudo gordiano de FERRAJOLI, que describió la historia del proceso penal como la del conflicto entre dos finalidades contrapuestas, pero interrelacionadas: el castigo a los culpables y al mismo tiempo la tutela de los inocentes⁵. Muchas de las leyes americanas apostaron por fortalecer más la protección de los inocentes que la persecución de los culpables, como una respuesta lógica y natural a varios siglos de predominio inquisitivo.

⁴ En un documentado estudio sobre el tema LANGER analiza integralmente el cambio que se produjo en un grupo considerable de países de América Latina en pos de sustituir los procesos inquisitivos que prevalecieron durante siglos en nuestro Continente, por modelos de corte acusatorio y el papel que la USAID desempeñó en todo ese proceso. *Vid*, LANGER, Máximo, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*, Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 2007. Disponible en: http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/revolucionenprocesopenal_Langer1.pdf Consultado el 12/9/2015 a las 22.15.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 604.

Existen varias instituciones provenientes del modelo continental europeo decimonónico, que al momento de ser ajustadas al nuevo diseño procesal, favorecedor del principio acusatorio, sufrieron una mutación. Una de ellas es el papel del ministerio público en el ejercicio de la acción, la correlación entre la imputación por él formulada y la decisión del juzgador y la disponibilidad que puede tener fiscal sobre el ejercicio de la acción de cara al principio de legalidad.

2. La retirada de la acusación por el fiscal

Lo relativo a si el fiscal puede retirar la acusación o debe pedir la absolución, cuando al finalizar el juicio oral se percata que del resultado de la prueba practicada no es posible exigir responsabilidad penal al imputado o ha quedado evidenciada su inocencia, es un tema que adquiere alto relieve de conflicto en la doctrina moderna, de la mano de la influencia que para el enjuiciamiento penal de arraigo continental-europeo tiene el sistema adversarial anglo-estadounidense, en ese proceso que un autor denominó como la "*marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*"⁶, para referirse a las diversas incorporaciones que tuvieron lugar en los ordenamientos europeos y americanos la última mitad del siglo pasado, en instituciones tales como la negociación, la oportunidad, etc., como resultado de la incorporación de rasgos importados del originario sistema inglés, muchas de las cuales están presentes ahora en los nuevos códigos procesales americanos.

El proceso penal liberal decimonónico, cuya consagración prístina se asentó en el modelo mixto del Código de Instrucción Criminal de Napoleón y que encontró receptividad en la generalidad de los procesos penales continentales, incluida la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, no concibió que el fiscal pudiera disponer de la acusación y por ende no existe en esa normativa formulación concreta que posibilite que una vez iniciado el juicio oral, el ministerio público pueda retirar la acusación.

Con una extraordinaria claridad expositiva, en base a la normativa italiana del momento, nos aclara DOMENICO TOLOMEI, quien habla del

⁶ SCHÜNEMANN, Bernard, *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, en "Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial", España, 1991.

principio de “irretroactividad de la acción penal”, para definir la imposibilidad de que una vez iniciado el proceso penal, pudiera el fiscal abandonarlo, por ser una prolongación del principio de obligatoriedad. Este autor ilustraba su posición en tal sentido: “*Si es obligatorio para el ministerio público provocar una sentencia jurisdiccional sobre la pretensión que surge del delito, no se ve cómo este puede coexistir con la facultad de desistir de la acción; precisamente porque tal deber se refiere, no a un mero acto introductivo, sino a una decisión del juez.*” Y continuaba insistiendo: “*La opinión contraria, racionalmente insostenible, consistiría, en la práctica, en una farisaica interpretación de los deberes del propio ministerio público, frente al órgano estatal*”⁷.

No cabe duda de que existe una pugna con el principio acusatorio, sobre la base de la separación de funciones y de que no es posible un enjuiciamiento penal sin acusación, pero la lógica del pensamiento de que el tribunal no deba someterse a una repentina retirada de la acusación en el acto del juicio oral, se sienta en el particular de que si en el proceso penal tradicional la fiscalía estuvo durante toda la fase sumarial en la obligación de concluir la investigación y someter ese resultado a la decisión del tribunal, incluso en aquellos casos en que considera de que no existe mérito para acusar y es solo el órgano jurisdiccional quien tiene facultades para adoptar la decisión liberadora del sobreseimiento, no le es dable al fiscal, en la fase del juicio oral, paralizar la labor del tribunal, ante una retirada intempestiva. A eso es a lo que denomina DOMENICO TOLOMEI un “actuar farisaico”, pues hipotéticamente puede darse el caso de que un fiscal pida el sobreseimiento de las actuaciones y sea “compelido” por el tribunal a ejercitar la acción y luego en el acto del juicio oral tome la decisión de retirar la acusación, la que de tener valor vinculante para el tribunal, le obligaría a dictar una sentencia absolutoria, con un evidente “fraude” procesal.

La posición que se dio en España, en los primeros tiempos de vigencia de la Lecrim, a los casos en que la fiscalía consideraba que no procedía la imputación originaria, era la de modificar sus conclusiones provisionales y pedir la absolución en el acto del juicio oral. De no estar de acuerdo el tribunal con esta decisión, debía hacer uso de

⁷ Domenico Tolomei, Alberto, *Los Principios Fundamentales del Proceso Penal*, Editorial Jus, México, 1947, pp. 155-156, (Traducción de José Becerra Bautista).

la tesis de desvinculación, posición que encontró asiento en una primigenia jurisprudencia que así lo reflejó de forma reiterada; a guisa ilustrativa la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español de la época: “*Considerando que si bien el Ministerio fiscal (...) varió su calificación en el juicio oral, y teniendo presente el resultado de las pruebas pidió en las conclusiones definitivas la absolución (...) el Tribunal, antes de dictar la sentencia recurrida condenando al procesado por el mismo hecho, debió hacer uso de la facultad que le otorga el art. 733 de la ley citada, si entendió también por el resultado de las pruebas que el hecho justiciable había sido calificado con manifiesto error (...)*”⁸.

La doctrina española actual está lejos de tener una posición uniforme con relación al particular de si el fiscal puede desentenderse de la acusación en la fase del juicio oral, y en esa dirección es necesario aclarar que algunos autores⁹ identifican la retirada de la acusación con la solicitud de absolución, aspectos que si bien están íntimamente relacionados y pueden llegar a confundirse, tienen contornos diferenciadores.

La retirada de la acusación presupone un abandono del fiscal de su posición de parte en el juicio oral, mientras que en la solicitud de absolución el fiscal se allana al pedimento liberador y deja en manos del tribunal la decisión a adoptar, pero no se aparta del debate contradictorio, al menos en el aspecto formal.

Con independencia de la identificación o no de ambas posiciones, queda claro lo ya mencionado de que no existe en España actualmente una posición homogénea de la doctrina sobre si el fiscal puede desvincularse de la acusación en el acto del juicio oral. Un segmento importante de la doctrina de ese país sostiene que una vez ejercida la acusación no se podrá evitar la sentencia sobre el fondo, absolutoria o condenatoria, por cuanto la acusación deviene irrevocable¹⁰.

⁸ Sentencia de 16 de Noviembre de 1885, citada por Santiago Barroeta Scheidnagel, en Ley de Enjuiciamiento Criminal para las Islas de Cuba y Puerto Rico, pp. 509-510.

⁹ Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *La Correlación de la Sentencia con la Acusación y la Defensa*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p. 82.

¹⁰ Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Segunda edición, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 134.

En esa postura de no admisión del desistimiento, el profesor ORTELLS RAMOS ilustra de que el contenido del principio acusatorio queda satisfecho desde el momento en que el fiscal condiciona la apertura a juicio oral con su solicitud acusatoria y determina el objeto del proceso, pues lo que resta en el juicio oral son típicas potestades jurisdiccionales, como son valorar la prueba y aplicar la norma jurídica adecuada, por lo que no es indispensable para que el tribunal se pronuncie sobre el fondo, que la acusación sea mantenida por aquel.¹¹

El fundamento de esta posición está en que, a diferencia del proceso civil, donde el actor ejercita un derecho material en nombre propio vinculando al tribunal, lo que tiene el ministerio fiscal en el proceso penal es un *ius ut procedatur*, o derecho formal al proceso, el cual no es disponible, porque no lo es el derecho material que subyace.¹²

Otros autores son del criterio de que la retirada del Fiscal debe producir necesariamente una sentencia absolutoria;¹³ posición que evidentemente se favorece a partir de los cambios que se producen en el enjuiciamiento de ese país tras la promulgación de la Ley del Tribunal del Jurado en el año 1995, que postula en su artículo 51 que cuando las partes acusadoras desisten de la petición de condena durante el juicio oral, el Magistrado Presidente debe disolver el Jurado y dictar una sentencia absolutoria.

En Argentina este tema encontró también una fuente de debate hace unos años, que se originó a partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de ese país que anuló varias sentencias en que se condenó al acusado, a pesar de que el fiscal había pedido la absolución.

Esta jurisprudencia motivó una reflexión de Julio MAIER y Máximo LANGER, que definen de manera muy clara la posición de un sector doctrinal que se opone a que el fiscal pueda disponer del contenido de la acusación y que por lo ilustrativo del parlamento transcribimos: *“No existe regla alguna que autorice al fiscal a desistir en forma vinculante*

¹¹ Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal. Introducción*, Ediciones Nomos, Valencia, 2003, p. 276

¹² Saavedra Ruiz, Juan; La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 Lecrim, en “Cuadernos de Derecho Judicial”/10/194/ pp. 11-52. Código CD 941001.

¹³ Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *op. cit*, p. 83.

para el fallo (...). La conclusión del fiscal, al final del debate, sólo representa su opinión sobre esa acusación, conforme al mérito o demérito que él arroja. Nada autoriza a tratarla como una renuncia a la persecución penal, efectuada por el acusador público, con efectos vinculantes para la decisión del tribunal (principio dispositivo) (...). Ello autoriza a expresar que, mientras se mantenga el régimen de la acción penal pública y, más aún, el principio de legalidad (obligatoriedad de la acción penal), la aproximación al principio acusatorio sólo será formal por dos razones principales: colocar frente a quien tiene el derecho de resistir la imputación un opositor formal y, al mismo tiempo, evitar que la hipótesis imputativa parta de los jueces que han de juzgar”¹⁴.

En esta reflexión de los profesores argentinos se aprecia la diferencia que apuntábamos anteriormente entre la retirada de la acusación y la solicitud de absolucón, que en el proceso penal cubano encontró una clara definición a partir de la reforma introducida por La Ley de Organización del Poder Judicial de 1909, que concibió la posibilidad del uso de la tesis de desvinculación para el caso de que se produjera la retirada de la acusación y con ello legitimó una postura de la fiscalía, que no tenía normatividad en la Lecrim española. O sea, antes de esta fecha el fiscal debía pedir la absolucón, no retirar la acusación.

Como ya consignamos anteriormente, el proceso penal cubano actual concibe que el fiscal, en el momento de cierre del juicio oral, pueda adoptar la decisión de retirar la acusación, lo cual no vincula al tribunal, quien tiene la posibilidad de usar la fórmula del artículo 350 y sancionar al imputado. La denominada fórmula del artículo 350 no es otra cosa que la tesis de desvinculación que heredamos de la normativa española. Se trata de un proceder que la Ley detalla con el ritualismo propio del legislador liberal del XIX, cuya utilización por el tribunal le permite sancionar por un delito más grave que el que fue objeto de la imputación o castigar incluso cuando el fiscal decide retirar la acusación¹⁵.

¹⁴ Maier, Julio y Máximo Langer, *Acusación y Sentencia*, Separata de Nueva Doctrina Penal, B/1996, pp. 622-623.

¹⁵ **ARTICULO 350.**-Formuladas conclusiones definitivas por las partes y antes de que éstas rindan oralmente sus informes, si el Tribunal entiende que, del resultado de las pruebas practicadas y teniendo en cuenta los hechos imputados por la acusación, se ha omitido algún elemento o circunstancia que, sin alterar sustancialmente los hechos, puede afectar la

En la práctica, cuando se retira la acusación y el tribunal hace uso de la fórmula y no obstante el fiscal, a pesar de la alerta, se mantiene en su posición, deja de ocupar su posición en el proceso y el juicio oral continúa sin su participación. De hecho en la práctica cubana, el fiscal abandona los estrados, como clara muestra de su “retirada” del proceso.

Algunos autores cubanos se manifiestan contrarios a mantener el uso de la fórmula para los casos en que se produzca la retirada de la acusación. RIVERO GARCÍA propugna que se elimine este proceder de nuestra Ley, bajo el argumento de que si el cometido que tiene es corregir los errores que puedan cometer los fiscales, el remedio es fortalecer la preparación del ministerio público y no encargar a los jueces la función correctiva.¹⁶ Como ya apuntamos, el cometido del uso de la fórmula no es corregir la función del fiscal, sino cumplir una misión que le viene dada a la judicatura, de compromiso con la legalidad, que le vincula preceptivamente a una norma imperativa que es el Código Penal y no al pedimento concreto del acusador.

En los momentos actuales es posible cuestionar muchos de los postulados que sirvieron y aún sirven de fundamento a las posiciones

calificación del delito, o se ha incurrido en error en cuanto a ésta o en el grado de participación del acusado o en la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, el Presidente pueda emplear la fórmula siguiente:

“Sin que sea prejuzgar el fallo sobre lo planteado por la acusación y la defensa en sus conclusiones definitivas, el Tribunal invita a las partes a que lo ilustren acerca de los particulares siguientes:

1. Si en el hecho justiciable se ha omitido incluir alguno de los elementos no esenciales siguientes...
2. Si el hecho justiciable constituye el delito de ...
3. Si la participación del acusado lo ha sido en concepto de ...
4. Si concurre la circunstancia agravante de ...”

El Tribunal al emplear la fórmula señalará concretamente cuáles de los particulares taxativamente enumerados incluye en ella. También puede emplear dicha fórmula cuando la parte acusadora retire la acusación o cuando entienda que procede imponer una sanción más grave que la solicitada.

¹⁶ Rivero García, Danilo, *El juicio oral. Antecedentes en la Lecrim. Ideas para una nueva formulación*. Ediciones ONBC, La Habana, 2005, p. 50.

doctrinales y jurisprudenciales que se manifiestan contrarios a que el fiscal pueda retirar la acusación en el juicio oral, pues tienen su fundamento en la herencia que adquirimos en el pacto fundacional del sistema mixto de enjuiciamiento, que consagró la persecución penal pública y la aspiración teleológica de encontrar la verdad.

Nos guste o no, en una gran cantidad de países el proceso penal actual sufrió el influjo de instituciones y fórmulas que eran ajenas al proceso penal continental europeo y americano originarios, que posibilitan abandonar el enjuiciamiento, en pos de encontrar fórmulas de oportunidad o la aplicación de medios de negociación entre los acusadores y los imputados, entre muchas otras posibilidades para no llegar al enjuiciamiento.

Todo esto flexibiliza la rigidez del principio de legalidad y con ello la visión originaria de no disponibilidad de la acusación por el fiscal, por lo que necesariamente se abrirá cada día más el camino para que el ministerio público pueda retirar la acusación o pedir la absolución y ante esta posición el tribunal quede sometido preceptivamente.

Varios códigos procesales de nuestro Continente siguen vinculados a la tradicional fórmula de la desvinculación, que posibilita que el tribunal pueda sancionar por un delito más grave que el que fue objeto de la imputación, siempre y cuando “alerte” al acusado sobre el particular. No obstante, no es común encontrar una plasmación clara de si la decisión del fiscal de pedir la absolución o retirar la acusación, tiene efectos vinculantes para el tribunal. Ante la ausencia de una diáfana regulación al respecto es factible presumir que tal determinación no vincula al tribunal, a partir de la prevalencia del principio *iura novit curia*, que fundamenta la tesis de desvinculación¹⁷.

El Código de Procedimiento de Perú, del 2004, tomó partido por favorecer la posición vinculante del fiscal, de tal suerte que la decisión de retirar la acusación puede ser cuestionada por el tribunal, sometiéndola al criterio del superior jerárquico en la escala del ministerio público, pero en el entendido que la decisión de dicha autoridad

¹⁷ Entre los Códigos que exigen el uso de la tesis para poder sancionar por un delito más grave o imponer una sanción mayor que la pedida por el fiscal, se encuentran el de Guatemala (art. 374), Costa Rica (art. 346), El Salvador (art. 359); Venezuela (art. 364) y Paraguay (art. 400); muy similares a la formulación que contiene el artículo 322 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

tiene un efecto vinculante para el tribunal, quien debe disponer el sobreseimiento definitivo de la causa¹⁸.

La más reciente norma procesal de nuestro hemisferio, el Código Procesal Penal de la Nación argentina, puso fin a los debates de la doctrina de ese país sobre este tema, disponiendo que el tribunal está obligado a decretar la absolución del acusado, cuando así lo haya solicitado el ministerio público¹⁹.

Como se puede observar de las referencias antes mencionadas, no existe claridad normativa al momento de regular la posición que puede adoptar el fiscal al final de la etapa del juicio oral, y se habla indistintamente de “solicitud de absolución” o “retirada de la acusación”, cuando dejamos sentado desde el inicio de este trabajo, que se trata de dos posiciones procesales distintas. Lo que si queda absolutamente claro es que esta nueva generación de normas procesales han apostado por un fortalecimiento del principio acusatorio, convirtiendo en vinculante la decisión liberadora que adopte la fiscalía con relación al acusado.

Por la influencia intelectual que tienen los procesalistas argentinos en nuestro Continente, no es de dudar que el nuevo tratamiento que el Código Nacional le dio a este tema influya en la realidad normativa de otros países de nuestra área geográfica. Ahora bien, es bueno llamar la atención al legislador que un potencial cambio sobre el carácter vinculante para el tribunal de un pedimento liberador por parte del ministerio público, debe tener coherencia en la aplicación del principio de legalidad, que permita que la decisión del fiscal sobre la petición de sobreseimiento, al finalizar la investigación, deba ser acatada sin reparos por el tribunal, pues carece de sentido que en ese momento el órgano jurisdiccional se resista a admitir el sobreseimiento interesado por el ministerio público y le imponga la necesidad de acusar y luego, en el acto del juicio oral éste retire la acusación y el tribunal se vea obligado a absolver, pues en ese caso estaríamos ante el *actuar farisaico* del que nos habló en su día DOMENICO TOLOMEI.

¹⁸ Artículo 387.4 del Código Procesal Penal de Perú (Decreto legislativo No. 957 del 2004).

¹⁹ Artículo 273 del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27063 de 10 de diciembre del 2014).

3. Bibliografía

Obras generales

- ARMENTA DEU, Teresa; *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Segunda edición, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- BARROETA SCHEIDNAGEL, Santiago, *Ley de Enjuiciamiento Criminal para las Islas de Cuba y Puerto Rico*, 1887.
- BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.
- CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés; *La Correlación de la Sentencia con la Acusación y la Defensa*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.
- DOMENICO TOLOMEI, Alberto; *Los Principios Fundamentales del Proceso Penal*, Editorial Jus, México, 1947 (Traducción de José Becerra Bautista).
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, "Prólogo" del libro *Perspectiva del Derecho cubano actual*, tomo I, Editorial Reus, Madrid, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- LANGER, Máximo, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*, Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 2007. Disponible en: http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/revolucionenprocesopenal_Langer1.pdf
- MAIER, Julio y Máximo LANGER; *Acusación y Sentencia*, Separata de Nueva Doctrina Penal, B/1996.
- ORTELLS RAMOS, Manuel; *Derecho Procesal. Introducción*, Ediciones Nomos, Valencia, 2003.
- RIVERO GARCÍA, Danilo, *El juicio oral. Antecedentes en la Lecrim. Ideas para una nueva formulación*. Ediciones ONBC, La Habana, 2005.
- RIVERO GARCÍA, Danilo; "La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en el proceso penal cubano actual". *IUS. Revista el Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, A.C, México; No. 24, 2009.
- SAAVEDRA RUIZ, Juan; La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 Lecrim, en "Cuadernos de Derecho Judicial"/10/194/Código CD 941001.
- SCHÜNEMANN, Bernard, *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, en "Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial", España, 1991.

Fuentes Nacionales

Argentina

Código Procesal Penal de la Nación, Ley 23.984, de 21 de agosto de 1991, Boletín Oficial de 9 de septiembre de 1991.

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley 8.123, de 5 de diciembre de 1991.

Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063, de 9 de diciembre de 2014, Boletín Oficial de 10 de diciembre de 2014.

Bolivia

Código de Procedimiento Penal. Ley No. 1970, de 25 de marzo de 1999.

Cuba

Ley de Procedimiento Penal. Ley. No. 5, de 13 de agosto de 1977.

Chile

Código Procesal Penal. Ley No. 19 696, de 12 de diciembre de 2000.

Colombia

Código de Procedimiento Penal. Ley 906, de 31 de agosto de 2004.

Costa Rica

Código Procesal Penal. Ley No. 7594, vigente desde el 1 de enero de 1998, reformado por Ley No. 8720, de 4 de marzo de 2009.

Ecuador

Código de Procedimiento Penal. Ley s/n de 13 de enero de 2000, reformado por Ley No. 0 de 9 de marzo de 2009, Código Orgánico Integral Penal.

El Salvador

Código Procesal Penal. Decreto Legislativo 904, de 4 de diciembre de 1996, modificado por el Decreto No. 733, de 16 de enero de 2009.

España

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

Anteproyecto de Ley para un nuevo Proceso Penal. Ministerio de Justicia, 2011.

Guatemala

Código Procesal Penal. Decreto No. 51-92, de 7 de diciembre de 1992.

Honduras

Código Procesal Penal. Norma 9-99-E, de 30 de diciembre de 1999.

México

Código Nacional de Procedimientos Penales. Decreto de 5 de febrero de 2014.

Nicaragua

Código Procesal Penal. Ley No. 406, de 18 de diciembre de 2001.

Paraguay

Código Procesal Penal. Ley No. 1.286, de 26 de mayo de 1998.

Perú

Código Procesal Penal. Decreto Legislativo No. 957, de 29 de julio de 2004.

República Dominicana

Código Procesal Penal. Ley de 19 de julio de 2002.

República Bolivariana de Venezuela

Código Orgánico Procesal Penal. Decreto No. 9.042, de 12 de junio de 2012.

Uruguay

Código del Proceso Penal. Ley No. 15.032, de 1 de enero de 1981 (actualizado en fecha 25 de febrero de 2010).

La Economía y el Derecho Procesal Penal en un nuevo alumbramiento: El Derecho Procesal Penal Económico

Ms.C. TANIA GONZÁLEZ AGUILERA*

DRA. ARLÍN PÉREZ DUHARTE**

Sumario

1. Ideas Preliminares
2. Una primera intención de conceptualización del Derecho Procesal Penal Económico
3. Principios que sustentan al Derecho Procesal Penal Económico
4. Necesidades de configuración de un Derecho Procesal Penal Económico en Cuba
5. Bibliografía

1. Ideas Preliminares

Algunos delitos pueden afectar la seguridad de los ciudadanos, los bienes o el honor, o son contrarios a deberes que han de cumplirse según las normas sociales y hacen peligrar el buen funcionamiento de la administración, existen otros que pueden destruir la sociedad por el bien que agreden y es por lo que se entienden como especialmente nocivos y han de enfrentarse con especial cuidado, entre ellos los delitos económicos.

* Especialista en Derecho Penal, Supervisora Provincial de Bufetes Colectivos Holguín, profesora Asistente. tania@hlg.onbc.cu

**Profesora Titular de Derecho Penal y Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Secretaria de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. arlin@lex.uh.cu

Los delitos económicos pueden estudiarse desde perspectivas jurídicas o criminológicas, dogmáticas y procesales. Corresponde al Derecho Penal el castigar, a la Criminología, inspirar el contenido del castigo y al proceso definir su inculpación, siendo este el centro de la investigación.

La realidad económica cubana a la luz de la actualización del modelo económico, afronta hoy disímiles escenarios para el enfrentamiento de los delitos económicos, donde se distinguen lagunas procesales que inciden en la adecuada persecución e inculpación de la criminalidad asociada a estas figuras delictivas.

En nuestro país, el fenómeno delictivo en materia económica tiene varias manifestaciones y expresiones, cuyo análisis para descubrir y atacar sus causas requiere de aplicaciones metodológicas investigativas también diversas. La delincuencia económica se vincula, tanto a las estructuras del quehacer económico, como a las del control social formal.

En consecuencia con lo anterior, el objeto de estudio del Derecho Penal Económico es justamente darle respuesta a las diferentes problemáticas que en el contexto jurídico penal se presentan relacionados con los delitos económicos.

De ahí, que un enfoque sistémico de esta rama lleva implícita la mirada de los interesados e implicados en el enfrentamiento a la delincuencia económica hacia tres especificidades de las ciencias penales. Se hace referencia a los problemas criminológicos, dogmáticos y procesales del Derecho Penal Económico.

El Derecho Procesal Penal Económico ha comenzado a invadir el escenario académico, teórico y práctico por la importancia que tiene en el orden instrumental establecer un conjunto de reglas. De ahí, que al mantener su núcleo ordinario, se trate de dar respuesta a las disímiles y complejas situaciones que propicia esa rama del Derecho penal.

Al hacer referencia a dicha tendencia, es conveniente precisar, que el mismo es entendido como la regulación de la serie gradual, progresiva y concatenada de actos procesales que muestran particularidades en el terreno penal económico¹.(Derecho Procesal Penal Económico).

¹ MEJÍAS RODRÍGUES, Carlos Alberto, "La pena y otras consecuencias jurídicas en delitos Económicos", *Temas de Derecho y Proceso penal, desde una*

Por las razones antes mencionadas, surge la necesidad de profundizar en los elementos teóricos y doctrinales que en la actualidad están presentes en la dogmática jurídico-penal y tratan de darle respuesta al contenido legal del Derecho Penal Económico con especial énfasis en el aspecto procesal.

Es por ello, que este estudio, se coloca en el ámbito de la labor científica a que estamos enfrascados los investigadores cubanos, de manera que pueda de alguna forma, modestamente contribuir a llenar el vacío teórico del que inveteradamente se ha hecho acompañar nuestra sistemática jurídico-penal, en lo referente a los estudios relativos a la criminalidad económica en cualesquiera de sus perspectivas, al hacer especial énfasis en su enfoque procesal.

En este sentido, cabe destacar que en lo referente al Derecho Procesal Penal Económico, salvo honrosas excepciones, no sólo se carece de una materia adjetiva independiente, sino que incluso, ni siquiera se abordan problemas específicos de este sector en los contenidos de los programas de la asignatura Derecho Procesal Penal.

Al analizar el libro II, Parte Especial, Título V del Código Penal de 1979², donde se recogen los Delitos Contra la Economía Nacional, se pudo constatar que en el mismo, se tipifican conductas punibles en 13 de sus capítulos muy bien definidos, sin embargo, en el orden procesal existen lagunas, que inciden de manera negativa en el correcto tratamiento a dichas figuras delictivas.

Vale destacar, que pese a los esfuerzos realizados en este sentido, aún son escasos los recursos metodológicos con los que se cuenta, por cuanto el desarrollo de este proceso que se materializa en la práctica profesional, aún presenta dificultades en su implementación, debido en gran medida, a la falta de referentes teóricos en los asentamientos bibliográficos acerca de la temática.

perspectiva jurídico penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad Organizada, Coordinadora: Mayda GOITE PIERRE, 2012, p. 118. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/Goite%20Pierre%20-%20Coordinadora%20-%20Temas%20D.%20y%20Proc.%20penal%202013.pdf> Consultado el 11/11/2015, a las 21.20.

² RIVERO GARCÍA, Danilo y María Caridad, BERTOT YERO, *Código Penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.

2. Una primera intención de conceptualización del Derecho Procesal Penal Económico

Con la doble acepción del Derecho Penal Económico, el delito económico se define, como la infracción jurídico penal que lesiona o pone en peligro el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, hecho que es enjuiciado a partir de la aplicación del Derecho Procesal Penal Económico.

Al realizar la conceptualización del Derecho Procesal Penal Económico, es pertinente partir del análisis que desde el punto de vista epistemológico se ha valorado acerca del vocablo proceso, el cual ha sido definido, tanto en el ámbito jurídico y en lo social, como una continuidad, serie o sucesión de fenómenos, actos y momentos por los que se llega a un resultado.

Como refiere Viada³ en su obra: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, el modo como se desarrolla el proceso, consiste en una serie de actividades de los hombres que colaboran a la consecución de un fin común, que es el pronunciamiento de la sentencia y la adopción de medidas ejecutivas. De ahí que esta colaboración, advierte que no es simultánea, sino sucesiva, de modo que las diferentes actividades de las personas que toman parte en el proceso, se distribuyen en el tiempo y en el espacio al seguir cierto orden lógico.

Al realizar un análisis de lo planteado, se considera oportuno definir las tres categorías o elementos que constituyen la esencia del proceso:

El conjunto de, actividades, momentos y acciones; encuadradas en un tiempo, son las funciones inherentes a las personas que están encargadas de determinar la ley en un caso concreto.

Por otro lado, el conjunto de normas, son las reglas establecidas por la legislación que regulan las actividades de las personas encargadas de la aplicación de las leyes, las cuales norman todo el proceso o cualquiera de sus actos en particular; en esencia, esto es el Derecho Procesal Penal. Por cuanto, el fin alcanzado, la aplicación de la Ley sustantiva y la sanción, se convierten en el resultado del proceso.

³ VIADA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Tecnos, Madrid, España, 1996, p. 234, Disponible en: www.abebooks.com/book-search/title/derecho-procesal-penal Consultado el 21/12/2015, a las 20.15.

En correspondencia con lo antes expuesto, vale destacar los criterios de varios estudiosos del tema al valorar la conceptualización de Derecho Procesal Penal. El catedrático Antonio María Lorca Navarrete⁴, plantea que el Derecho Procesal Penal es una rama autónoma dentro del ordenamiento jurídico y en concreto del Derecho Público, pues su objetivo, está dirigido a impartir recta e imparcialmente justicia en el ámbito penal. Constituye además, una actividad básicamente de Derecho Público diversa de la normativa contenida en el Derecho Penal.

En tal sentido, podemos ver entonces al Derecho Procesal Penal, no sólo como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto, la regulación de los procesos y procedimientos, sino que además regula de manera fundamental el ejercicio de la función jurisdiccional penal, contrastando el concepto dado anteriormente con el ofrecido por el profesor Aldo Prieto Morales⁵, para el que el Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder del Estado que ordenan el proceso, sea en su conjunto o en los actos particulares que lo integran, y que tiene por finalidad aplicar el derecho material para restablecer la legalidad quebrantada

Cabe destacar el criterio que brinda Manuel Rivera Silva⁶ de igual corte sintético, el cual se puede resumir en una sola frase: aplicar la norma jurídica individual ciñéndose a reglas especiales.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, se constata que en paridad, no hay una definición exacta del Derecho Procesal Penal, cada quien en su momento histórico ha dado alguna que otra caracterización aproximada del mismo, en tal sentido se considera, que siempre han aportado definiciones o muy simples o abstractas, de ahí, que con la pretensión de lograr una definición acorde a nuestros intereses, se realice una conjugación de los criterios dados al respecto.

Como es sabido, el derecho objetivo en general, es el conjunto de normas, de preceptos del ordenamiento jurídico, el cual tiene como

⁴ LORCA NAVARRETE, Antonio M., *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 124.

⁵ PRIETO MORLES, Aldo. *Derecho Procesal Penal*, Editorial ENSPES, La Habana, 1962, p. 40.

⁶ FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio A, "El Derecho Procesal Penal. Concepto y Naturaleza del proceso penal. Evolución histórica .Los sistemas de enjuiciar", *Derecho Procesal Penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008.

una de sus ramas el denominado Derecho Procesal Penal, o sea, el que rige el proceso penal, que no es más, que el conjunto de normas jurídicas que regulan el Proceso Penal. Es el que suministra las metodologías jurídicas para la sustentación del proceso, que norma la forma de realización de los actos procesales, los efectos y resultados de los mismos, tanto en su conjunto como, en cada acto en particular. En fin, es el modo de proceder en justicia.

En tal sentido, las autoras de este estudio, en correspondencia con lo planteado anteriormente, consideran al Derecho Procesal Penal, como un conjunto de actos normados jurídicamente, donde los actores son la trilogía formada por el tribunal y las partes, de lo cual se derivan una serie de relaciones jurídicas. Es una institución jurídica que preside la actuación y la finalidad, en común, de solucionar una situación de carácter penal.

Por las razones antes enunciadas, urge profundizar en los elementos teóricos y doctrinales que en la actualidad están presentes en la dogmática jurídico – penal, y tratan de darle respuesta al contenido legal del Derecho Procesal Penal Económico.

El Derecho Procesal Penal Económico ha adquirido independencia académica respecto al denominado en la actualidad Derecho Penal Procesal nuclear. Resulta por demás útil contextualizarlo, así como describir sus caracteres.

Puestos a definir el Derecho Procesal Penal Económico, y en la voluntad de lograr un concepto conciso y a su vez completo, proponemos la siguiente caracterización.

Según Gustavo A. Arocena y Fabián I. Balcarce⁷, el Derecho Procesal Penal Económico, es la rama del orden jurídico interno local del Estado, con tendencia inmanente a la nacionalización e incluso la transnacionalización, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos específicos, que cumplen la función judicial en lo penal económico y disciplinan los actos que integran los procedimientos

⁷ AROCENA Gustavo A. y BALCARCE, Fabián I., *Derecho Penal Económico Procesal*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, Argentina, 2012. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area5/derecho%20penal%20economico%20procesal.GA%20y%20FB.pdf> Consultado el 21/3/2015, a las 10.00.

administrativos y judiciales necesarios para acreditar un delito económico, e imponer y actuar en consecuencia jurídico-penal.

Para estos autores, la diferencia con el proceso penal tradicional radica, en que el trámite especializado se distingue por regular, junto con el procedimiento judicial, los actos propios de un procedimiento previo a la instancia judicial, de carácter administrativo, y por consiguiente llevados a cabo por órganos de tal carácter.

Estos caracteres distintivos, por su parte, tendrían que conducir a una regulación legislativa autónoma del proceso penal económico. En esta orientación, Pastor⁸ ha manifestado que el régimen procesal de hoy debe ser modificado para una efectiva persecución y sanción de los delitos no convencionales del derecho penal vigente.

El análisis realizado por el antes citado estudioso de la materia, en lo relacionado con el Derecho Procesal Penal Económico, incita a las autoras de esta investigación a realizar una aseveración al respecto, al plantear que una ley procesal en este ámbito, se debe instituir de tal forma, que permita la comprobación eficiente de cualquier hipótesis punible y bajo cualquier sistema de imputación de los delitos económicos, a partir de la eficiente aplicación de los procedimientos administrativos y judiciales necesarios, que posibiliten al órgano encargado de este proceso, actuar en consecuencia con lo jurídico-penal.

En este sentido, una cabal comprensión del concepto de Derecho Procesal Penal, reclama el examen de las características, presentes y futuras, que van a calificar este sector del ordenamiento jurídico:

1. Se trata de la rama del orden jurídico interno local del Estado, con tendencia inmanente a la nacionalización e incluso, a la transnacionalización.

A este respecto, se puede aseverar, que el concepto de *soberanía* tradicionalmente, ha constituido un férreo valladar a la proyección persecutoria y jurisdiccional sobre hechos con repercusión internacional. Hoy por el contrario, se promueven las comunidades regionales

⁸ PASTOR, Daniel Roberto, "¿Es conveniente la aplicación del proceso penal «convencional» a los delitos «no convencionales»?", en AA.VV., Delitos no convencionales, Compilador: Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 301.

entre países, variando el concepto de soberanía al territorio comprendido entre los Estados integrantes de las mismas.

La soberanía, en tal caso, no es la del Estado, sino la de la comunidad de la que éste forma parte. Los Estados, así, tienden a ceder lo que era parte de su acervo político, en pos de la construcción de una administración de justicia supra estatal. Esto, por otra parte, significará la creación de oficios judiciales internacionales, con competencia para actuar en tan amplio contexto. Las policías sin fronteras ya no serán una mera utopía, sino una indispensable contribución a esta justicia cada vez más universalizada, cada vez más ecuménica.

2.- Las disposiciones del Derecho Penal Económico Procesal, instituyen y organizan los órganos públicos específicos, que cumplen la función judicial en lo penal económico y disciplinan los actos que integran los procedimientos administrativos y judiciales necesarios, para acreditar un delito económico e imponer y actuar una consecuencia jurídico-penal.

A diferencia del proceso penal tradicional, el trámite especializado se distingue por regular junto con el procedimiento judicial actos propios de un procedimiento previo a la instancia judicial, de carácter administrativo y, por consiguiente, llevados a cabo por órganos de tal carácter.

Las particularidades del Derecho Procesal Penal Económico vigente muestra, sus aspectos negativos en la dispersión de la legislación orgánica nuclear, donde los matices diferenciadores de la materia no se agregan al Código Procesal Penal, ni se han compendiado en un digesto autónomo, sino que se encuentran esparcidos en diferentes leyes, cuya orientación es prevalementemente sustantiva, a la que se suma la proliferación de normas sobre jurisdicción y competencia y leyes pertenecientes a ramas diferentes del Derecho Penal, e incluso, al Derecho Procesal Penal.

El análisis realizado en aras de lograr una definición acerca de Derecho Procesal Penal Económico, ha llevado a las autoras de esta investigación a aportar sus criterios al respecto, que aún cuando no están exento de discrepancias, incluyen una sistematización de las diferentes posiciones y referentes teóricos que acerca de la temática, se han expuesto, al considerar el Derecho Procesal Penal Económico como: *el conjunto de principios, categorías, normas que regulan los actos procesales judiciales y administrativos especializados, para el restablecimiento de la legalidad quebrantada en las infracciones jurídicas penales que lesionan o ponen en peligro el orden económico.*

De ahí, la importancia que se le atribuye al conjunto de categorías y principios del Derecho Procesal Penal Económico, los cuales en su concreción práctica, favorecen la persecución de los delitos que atentan contra la economía.

3. Principios que sustentan al Derecho Procesal Penal Económico

Principio de Especialización

En el Derecho Procesal Penal Económico, existe una tendencia a la especialización de los principales sujetos procesales que intervienen en el proceso penal, entiéndase, la judicatura y el Ministerio Público, como actor penal, a fin de garantizar una más eficiente investigación y decisión de las causas con dicho contenido.

En *primer lugar*, se exalta la necesidad de especialización en materias económicas, de quienes pretendan ingresar a esta particular magistratura. No por gusto se ha expresado que las reglas de las ciencias, así, desplazan y aún, llegan a anular las reglas de la experiencia en su función regulativa del correcto pensamiento humano⁹.

De ahí, que sea más prudente que la judicatura, a partir de una vocación de los jueces hacia estos temas, se especialice y paulatinamente acumule experiencia en el quehacer jurídico – penal económico.

En *segundo lugar*, se promociona la inserción de profesionales no jurídicos conocedores de estos temas (economistas, financistas, contadores, administradores, empleados y trabajadores vinculados a la esfera económica) con preparación especializada en esta materia, que les faciliten la comprensión al órgano jurisdiccional, de los pormenores que en el hecho penal económico se producen.

Por otra parte, se brega por la exclusión del componente ciudadano (jueces legos), de la conformación del órgano decisor en los procesos por delitos contra el orden económico, al tener como presupuesto, que la complejidad enorme de los delitos económicos, impide que sean tratados por jurados. Por cuanto, en caso de admitirse la integración del tribunal penal económico con jurado, deberían ser técnicos en la materia penalizada.

⁹ AROCENA Gustavo A. y BALCARCE, *op. cit.*, p. 29.

En *tercer lugar*, se enuncia como otra característica de la especialización de la judicatura, que se centra en la necesidad de transprovincialización o transnacionalización del tribunal económico, en el sentido de conferir al Tribunal Penal Económico, competencia para decidir los casos ocurridos en distintas soberanías.

Por otra parte, para el *Ministerio Público*¹⁰, se ha promovido la creación de fiscalías especializadas, en las que el perfil del funcionario se caracteriza en su conformación por una preparación sólida en materias penales económicas, confiriéndole atribuciones amplias en orden a las diligencias procesales conducentes al desenvolvimiento eficaz de la investigación, de la fase preparatoria.

De lo planteado anteriormente, el principio de unidad de actuación del Ministerio Público, entendido como la facultad de intervenir cualquier representante de ese órgano en cualquier etapa del proceso penal, en este campo que analizamos, tiende a sufrir, cierto grado de flexibilización, lo que se matiza a partir de la conveniencia de asegurar la continuidad del mismo representante del Ministerio Público¹¹ especializado en estas materias, que intervino durante la investigación, en la etapa del juicio oral, y que garantizaría el conocimiento anterior de este, con el proceso económico, al evitar la reiteración de estudio de causas de alta complejidad.

Desde este punto de vista, la fiscalía en lo penal económico, no se construye idóneamente a partir de la mera especialización de la magistratura; es necesaria, además, una *especialización estratégica* sustentada en la imbricación de la formación particularizada del actor penal, con la asunción de criterios de persecución acomodados a las ilicitudes que le toca perseguir.

De cualquier manera, la especialización de la fiscalía debe enfrentarse a un costo insalvable producto de la variedad, complejidad y el

¹⁰ En el caso cubano es la Fiscalía General de la República.

¹¹ En el caso cubano. Ver Instrucción No.01/09 del Departamento de Procesos Penales de la Fiscalía General de la1-d)- Los grupos de trabajo creados en las fiscalías provinciales para controlar y ejecutar las medidas de enfrentamiento, su investigación, seguimiento y control efectivo y centralizándose los juicios orales, deben priorizar los principales procesos penales radicados por hechos de esta naturaleza, velando en lo posible porque coincida el Fiscal que controla, despacha las conclusiones y celebra el juicio oral. República.

carácter polifacético de la materia penal económica. El órgano de la persecución no puede aprehender los pormenores de la manifestación de la delincuencia económica, que comprende ilícitos de caracteres tan diversos, como los del delito informático, ambiental, societario, aduanero y contra los consumidores, entre otros. Quizás esto último conduciría a una suerte de *especialización temática*, conforme la cual, el acusador estatal se diversificará en tantos oficios judiciales, como manifestaciones distintas tiene el Derecho Procesal Penal Económico. Esto no impide que la fiscalía, al igual que el órgano jurisdiccional, acuda a especialistas (*amicus curiae*) que lo asisten en la cabal comprensión de los detalles involucrados en el tráfico del que se trate.

De lo anterior se destaca, que para el Derecho Procesal Penal Económico, la especialización constituye el centro del desarrollo de la actuación de los sujetos procesales.

Principio de oportunidad en sentido estricto o de oportunidad reglada

Entre los principios que caracterizan el Derecho Procesal Penal Económico, requiere una inestimable relevancia la facultad estatal concentrada en el principio de oportunidad reglada, y especialmente, la necesidad de que en la doctrina nacional se profundice en el estudio del mismo, a fin de localizar las posibilidades de ampliación de este principio en la legislación procesal penal cubana. En tal sentido, se valoran sus principales características.

En un ordenamiento que esté informado por la autoridad estatal a cargo de la persecución penal con facultades para disponer o no el inicio de investigaciones, ante el conocimiento de un hecho que esté tipificado en la Ley penal como delito, puede igualmente decidir sobre el destino de las mismas, que se encuentre en curso; en correspondencia con la amplitud de sus facultades discrecionales, es que puede hablarse de *oportunidad en sentido estricto* o de *oportunidad reglada*.

Se ha tratado de ver los orígenes de la oportunidad en el espíritu practicista que impera en el proceso de corte anglosajón, que consiste en la disposición de la acción penal al criterio del ente estatal, al que se encomienda la persecución penal, en el cual se reconoce la posibilidad de que ante la aceptación por parte del acusado de los cargos que se le formulan, pueda entrar en una negociación con el Fiscal, sujeta a la aprobación de la corte, lo que se conoce como *pleabargaining* o *plea agreement* o *negotiated plea*.

Un sector de la doctrina se proyecta positivamente sobre la aplicación del principio de oportunidad, el que matizan a través de lo que denominan como oportunidad reglada, y que no es otra cosa que el

establecimiento en la propia Ley, de las condiciones que deben darse para que la autoridad pueda hacer uso de esta facultad discrecional, el fundamento de esta posición doctrinal se halla en razones de utilidad pública e interés social.

La aceptación de esta fórmula procesal se basa, en las siguientes causas:

- La escasa lesión social producida mediante la comisión del delito y la falta de interés en la persecución penal.
- El estímulo a la pronta reparación de la víctima que es uno de los objetivos de los sistemas de transacción penal.
- Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.
- Conseguir la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación.
- Que exista conformidad por parte del inculpado.
- Que la solución provea una adecuada satisfacción a la víctima o víctimas del delito.

Sobre la base de los anteriores presupuestos, consideramos que el principio de oportunidad reglada en el Proceso Penal Económico, reviste de vital trascendencia, pues su formulación en el derecho realizador, encaminaría de forma efectiva la solución preventiva ante la represiva de determinados ilícitos, que colman a la judicatura, y que al final pueden ser evaluados para una solución reglada y ajustado a los presupuestos procesales.

Principio de la prueba técnica o pericial (Perito oficial)

De igual manera, el despliegue de los presupuestos procesales de la prueba técnica, adquiere relevancia especial para el procedimiento penal - económico pues el valor probatorio aportado al proceso, se vincula radicalmente a las características configurativas de los ilícitos penales económicos, caracterizados por una variedad de modalidades que trascurren desde conductas típicas que se configuran como normas penales en blanco, presencia de omisiones impropias, propias y delitos de peligro abstracto, que complejizan por ende el material probatorio a ofrecer al órgano juzgador. En tal sentido evaluar el principio de prueba técnica o pericial con las características que lo presuponen, adquiere una evidente importancia para el trabajo investigativo.

Así como el sistema procesal, es reflejo del régimen político ideológico del sistema probatorio, a su vez forma parte de la columna vertebral del mismo.

La actividad probatoria, es ante todo actividad procesal, o lo que es lo mismo, está conformada por actos procesales (actos de acopio de las fuentes de prueba, actos de proposición o postulación, de admisión, conformación y práctica de medios de prueba, así como de valoración del material probatorio).

En este sentido, es preciso aclarar, que no se trata de cualquier actividad procesal, sino de la más trascendental y dinámica, por cuanto se debe significar que la actividad probatoria, es el único modo de concretar la demostración del hecho objeto del proceso (realización del principio de ineludibilidad o necesidad de prueba). En primer lugar se realiza la búsqueda y recopilación de las fuentes de prueba y su formalización a través de los medios (conformación e integración del objeto del proceso), y luego la práctica de éstas para su asunción y formación de la certidumbre (comprobación del objeto de proceso).

Es por ello, que en el plano de la valoración probatoria, se sostiene que en el Derecho Procesal Penal Económico se relativiza el denominado sistema de libre valoración de la prueba. Por tanto, en relación con los asuntos penales en materia económica, las reglas de experiencia que pueden asistir al juez, resultan limitadas o, en muchos supuestos, inexistentes. Parece innegable que los órganos jurisdiccionales, en su generalidad, no se encuentran cómodos al tratar de decidir sobre asuntos involucrados en la ilicitud económica.

El órgano jurisdiccional depende en gran medida, de las narraciones de las partes, y fundamentalmente, de los dictámenes periciales¹²,

¹² Estudios realizados por un equipo de investigación formado principalmente por profesores titulares y Catedráticos de la, Universidad Rey Juan Carlos, especializados en Derecho Procesal, Economía Financiera y Contabilidad, y un equipo de trabajo de Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG Forensic, especializado en la investigación de delitos económicos y la elaboración de informes periciales aseguran que de las respuestas y planteamientos expresados por los diferentes colectivos entrevistados durante la labor de investigación del mencionado estudio, se infiere que la prueba pericial económica, si está bien elaborada y es presentada de forma sólida, es un elemento de notable relevancia y de indudable repercusión en la resolución de disputas y litigios. Año 2001.

al ser este el medio probatorio, cuya regulación posee una apertura, que lo convierte en el puente entre la evolución tecnológico-científica, el tradicional problema de investigación y esclarecimiento de hechos delictivos restringiéndose, con alcance considerable, su carácter de perito *peritorum*.

De esta manera, es en ocasiones necesario para los tribunales de justicia penal económica, la inserción de los profesionales no juristas (contadores y economistas), llamados en algunas legislaciones procesales: perito oficial¹³, que al actuar a la par de los peritos de partes, acerquen al espacio procesal penal conocimientos técnicos específicos necesarios, para resolver de manera adecuada los casos relativos a la delincuencia penal económica.

A partir de esta prueba pericial, que no es exclusiva del Derecho Procesal Penal, resulta conveniente a su vez, precisar que la actividad referida, consiste en la llevanza de fuentes de prueba (realidades extraprocesales) al proceso, a través de los medios de pruebas legalmente previstas (testigos, peritos). Cuando el tribunal se plantea *a priori*, la decisión de desarrollar o no esa actividad en el proceso, se produce el denominado juicio de admisibilidad probatoria, por lo que puede entrar en juego la valoración anticipada de la misma.

Al hacer referencia al perito, se puede significar, que es un profesional con conocimientos científicos, artísticos o técnicos, que no forma parte del proceso, sino que es traído al mismo para aportar determinados circunstancias relevantes en el enjuiciamiento, de los que el Juez por su específica preparación jurídica puede carecer. Su actividad está relacionada con la prueba, pues no en vano la pericia es uno de los medios de prueba existente, que como todo medio de prueba, está sometida a una regulación legal, que establece el modo en que debe practicarse, con la ausencia de la intervención de las partes.

En el desempeño de su cargo, el perito tendrá libertad científica entendida, como aquella que es necesaria para evacuar los puntos sometidos a un examen, mediante las operaciones que se consideren convenientes, con la utilización de los métodos apropiados, en los que el tribunal no tiene poder alguno de decisión.

¹³ Estos peritos realizan su actividad pericial a instancias del juez, examinando entre otras evidencias, los informes de los peritos de parte. El objetivo central del trabajo pericial que realizan es responder al cuestionario fijado y autorizado por el tribunal.

Principio de restricción de la inmediación en el juicio oral

La inmediación impone, que el juzgamiento sea realizado por el mismo tribunal desde el comienzo hasta el final. La inmediación, es el acercamiento que tiene el juzgador con todos los elementos en la recepción de la prueba, para que el mismo, se forme una clara idea de los hechos que sean útiles para emitir sentencia, exige la presencia física de estas personas, lo que da lugar a una relación interpersonal directa, frente a frente, cara a cara, de todos entre sí: acusado y juzgador, acusado y acusador, acusado y defensores.

El Tribunal puede trabar conocimientos de las pruebas practicadas para la demostración del objeto en el proceso, por vía directa o por vía indirecta. En correspondencia con la forma en que se produzca esta interfase entre el órgano jurisdiccional y el resultado de la prueba, entonces estaremos en presencia de los principios de *mediación* o *inmediación*.

La prueba testimonial, paradigmática del proceso penal tradicional, cede aquí gran parte de su espacio en detrimento de los medios probatorios aludidos, por lo que el tribunal no participa directamente en el acto de prueba, sino sólo recibe los reportes escritos de lo practicado y sobre la base de ello, fundamentar su fallo.

Por vía indirecta, esta circunstancia plasma sus implicaciones en el principio de continuidad, pues no resulta imprescindible la realización de tantas audiencias consecutivas, para concluir el debate, ni el dictado de la sentencia sin solución de continuidad.

Las exigencias propias de esta regla, nacieron al socaire del protagonismo casi excluyente adquirido por la prueba testimonial (sea el testigo propiamente dicho y el perito exponiendo oralmente en el juicio) en el proceso penal moderno.

4. Necesidades de configuración de un Derecho Procesal Penal Económico en Cuba

El Derecho Penal Económico en Cuba, lesiona bienes jurídicos disímiles, pues no solo ha de entenderse como ofensivo a los derechos patrimoniales sino que comprende un conjunto diverso de actos, que atentan además contra la administración y la jurisdicción, la economía nacional, la fe pública, entre otros. Por tal razón, es que en la doctrina algunos de estos delitos se les denominan pluriofensivo.

Se distingue la presencia de causas y condiciones que generan y facilitan la comisión de hechos delictivos de esta naturaleza, las que a su vez han determinado que su incidencia en la sociedad cubana, sea

cada vez mayor. No se puede olvidar, que la base económica y social sobre la que se erige el sistema socialista que se construye en Cuba, determina en última instancia, las manifestaciones de los fenómenos políticos, culturales y jurídicos, entre estos, por supuesto, la expresión del delito.

Es por ello, esencial destacar que en su ocurrencia juegan un papel determinante las carencias materiales que se han padecido, en Cuba como consecuencia de la crisis económica, lo que ha incidido en las decisiones y alternativas que ha adoptado la máxima dirección del país, para paliar estos efectos, las que han tenido a su vez una expresión en fenómenos como las desigualdades sociales.

Sin obviar la repercusión que hoy tiene en Cuba la crisis de la economía a nivel internacional, caracterizado por su carácter estructural, que no solo abarca el orden material y financiero, sino también el moral y ético, la que tiene su máxima expresión en la crisis de valores. Elementos estos, que de una u otra forma se manifiestan en los comportamientos cotidianos de la sociedad cubana, que se vio afectada por conductas negligentes e inadecuadas con las que se convivió por un período de tiempo.

Pudieran ser varias las razones que obligan a sistematizar, los estudios del Derecho Procesal Penal Económico en nuestro país, entre ellas el auge que ha tomado la criminalidad económica, cuyos perfiles delictivos son cada vez más sofisticados y complejos, asunto que admite necesariamente incluir métodos efectivos de enfrentamiento, investigación, persecución y sanción a la delincuencia económica coherente y racionalmente en atención a la agresividad, nocividad y afectaciones que se producen por la ocurrencia de estas conductas transgresoras de la Ley penal, cuestión esta suficiente para que los espacios de juristas, economistas y la sociedad en sentido general comiencen a evaluar este tema.

Amén de que en los últimos tiempos y a partir de un régimen de institucionalidad, se propende a realizar las transformaciones necesarias para mantener y desarrollar un sistema social, jurídico y económico, despojado de conductas y hechos entorpecedores de la vida económica. La modificación de los criterios legales de imputación en las estructuras organizativas, lo cual incluye la responsabilidad penal a las personas jurídicas tal y como se ha dispuesto en el artículo

No. 16 del Código penal Cubano¹⁴ resultan insuficientes, a pesar de algunas reglas dictadas hace una década por el máximo órgano de justicia.

Las transformaciones que se han producido en todo el entramado del modelo económico cubano, con un incremento de las actividades no estatales o de índole particular. En gran medida esta modalidad necesita mayor registro, intervención, diligencia y control de los recursos económicos, financieros y materiales del Estado. Requieren además, de una prioridad de los sujetos y agentes económicos y a la par una respuesta adecuada del ordenamiento jurídico penal. Por lo que se debe disciplinar los actos que se originan en sede administrativa.

Por consiguiente, los antecedentes de una criminalidad económica en los diferentes estratos sociales, no solo legitimados para concurrir al mercado de la producción, distribución y prestación de servicios; sino también asentados a la economía informal o subterránea, que en su mayoría de manera ilegítima es proveída, sustentada y fomentada por las irregularidades, desvíos y apropiaciones del sector estatal, necesitan inobjetablemente de respuestas administrativas y penales.

Por su parte, el fortalecimiento y la tutela al sistema tributario dirigido a disciplinar y crear una cultura de respeto en los ciudadanos, organismos y entidades económicas sobre el aporte a la hacienda pública, llevará implícito, reprimir las conductas relacionadas con el impago doloso de las obligaciones y deberes tributarios, a las que se le añaden otras conductas falsarias o fraudulentas de irrespeto al correcto funcionamiento de la hacienda pública.

El trabajo permanente que órganos controladores y verificadores de la esfera económica como la Contraloría General de la República y Fiscalía General de la República, junto a la pujanza del sistema de auditorías hacia el control económico en todas las entidades y dependencias económicas del país, ha traído consigo un enfoque novedoso, que armoniza el enfrentamiento sistemático al hecho penal económi-

¹⁴ RIVERO GARCÍA, Danilo y María Caridad, BERTOT YERO, op. cit. A los efectos del Código Penal Cubano, le es exigible responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando se trate de cooperativas, las sociedades y asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes, las fundaciones, las empresas no estatales autorizadas para realizar sus actividades, así como las demás entidades no estatales a las que la Ley les confiere personalidad jurídica.

co, lo cual supone mejorar la interpretación, análisis y comprensión de las instituciones penales que conducen esta rama.

En el orden de la investigación social frecuentemente se expresa, que a medida que la tecnología progresa y aumentan las facilidades de comunicación y del transporte, en un conjunto armónico global, también la criminalidad avanza en términos de técnica y sofisticación.

Las Naciones Unidas, han categorizado a este fenómeno como la contracara del desarrollo, pues además de perturbar la marcha normal de la gestión administrativa, se proyecta sobre la actividad económica pública y privada, lo cual entorpece su desarrollo libre y transparente.

Por tanto, el incremento de las inversiones foráneas y especialmente los procesos económicos de integración de los países latinoamericanos, que en este siglo (XXI) se fortalecen como ocurre con la Alternativa Bolivariana para los pueblos de América (ALBA), la Comunidad de Estados del Caribe (CARICOM) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC) entre otros, requerirán ineludiblemente de la protección jurídica en sede penal, ante las agresiones más graves que se den en el contexto de las relaciones económicas regionales, como ya se hace en los países del Mercosur.

La incidencia del delito económico como fenómeno a nivel internacional; el creciente interés de Organismos y Organizaciones Internacionales en su prevención y enfrentamiento, la incidencia real de este fenómeno en Cuba y la necesidad de su prevención y enfrentamiento, ha motivado a la autora de esta investigación al estudio sobre este tema.

Estas situaciones y problemáticas entre otras que pudieran escapar a nuestra reflexión, constituyen las motivaciones que deben impulsar el estudio del Derecho Procesal Penal Económico en Cuba, dada la finalidad que persigue todo orden jurídico en un estado de Derecho: mantener la legitimidad del sistema social, político y económico, en este caso, hacia la protección del rol del Estado en la orientación y dirección de la política económica o mejor aún, el orden económico estatal, así como la protección de bienes jurídicos supra individuales y colectivos de carácter patrimonial que tienen su escenario en la esfera económica.

Todo ello bajo un régimen de garantías, principios y derechos constitucionales que deben ser inviolables, como soporte de lo que también aspiramos como sociedad en cada caso y ante cada conflicto; evitar su ocurrencia y una vez ocurrido, que el comisor reciba una

pena, proporcional con el hecho delictivo económico, bajo los destinos de un proceso penal: legal y justo.

Dicho criterio se debe defender en la actualidad, en tanto se hable de un Derecho Procesal Penal Económico que no se pueda separar del contenido esencial del Derecho Procesal Penal nuclear, al que obedece nuestro sistema de enjuiciar. De manera que la Ley de Procedimiento Penal vigente desde el 18 de Agosto de 1977, impactada por tres modificaciones legislativas, regirá con carácter supletorio ante cualquier proyección normativa instrumental que en materia económica tenga lugar, cuando los instrumentos existentes no colmen los espacios necesarios para su interpretación y aplicación.

Todos los operadores u operarios del Derecho Procesal Penal Económico que interactúan en el noble empeño de tributar a una adecuada impartición de justicia, deben obtener superación¹⁵ postgraduada en materia tan específica, y al propio tiempo abarcadora como el Derecho Procesal Penal Económico, pues en la medida en que tengan un conocimiento mayor sobre el tema, mejor será la selección de los medios de prueba, sus propuestas y oportunas prácticas.

En logro de mayores conocimientos sobre el tema propiciara, mayor efectividad en el desempeño profesional de los operadores, quienes en posición de partes, podrán impugnar con mayor objetividad y rigor científico aquellos resultados económicos que ofrezcan dudas. De igual forma, (los que juzgan) estarán en mejores condiciones para evitar los errores judiciales, con las perjudiciales consecuencias que esto acarrea.

De esta forma, el soporte normativo que representa el Compendio de Resoluciones e Indicaciones para los delitos económicos o asociados a la corrupción, elaborado y puesto en práctica por la Fiscalía General de la República a partir del año 2009, y que recoge las regulaciones más recientes dictadas por el Ministerio del Interior, la

¹⁵ Ver Artículos No.19-1,4 y 28-1, Ley No. 82/97. Ley de los Tribunales. Planes de superación técnica y profesional de los jueces, Este articulado de la presente norma ampara la posibilidad de poder especializar técnica y profesional a jueces para las materias económicas como aspiramos. Disponible en: www.gacetaoficial.cu/html/itribunales.html Consultada el 23/9/2015, a las 16.30.

Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Finanzas y Precios y el Tribunal Supremo Popular; vienen a proporcionarle en materia legislativa instrumental, un carácter independiente dentro del ordenamiento jurídico procesal cubano cuyo contenido, además vincula para su ejecución, un grupo importante de operadores del sistema de justicia penal e incluso a los agentes, instructores, auditores, peritos y controladores, etc., que ejecutan actividades y misiones auxiliares en las labores investigativas de estos complejos fenómenos delictivos.

En virtud de lo anterior se precisa la urgencia de definir estrategias procesales específicas para estas figuras delictivas, cercanas a la configuración de los presupuestos y principios que conforman hoy la incipiente rama de Derecho Procesal Penal Económico, al valorar las principales cuestiones que iniciarían un perfeccionamiento procesal. En este sentido se corrobora, la necesaria asimilación del principio de especialización, la ampliación de la oportunidad reglada como solución confiable y garantista de este procedimiento, y la restricción de la intermediación.

Al tratar de resolver las asimetrías que originariamente se dan entre la parte sustantiva del Derecho Penal Económico y las que van conformándose con el procedimiento penal en esta materia, constituye una tarea emergente, evaluar las dimensiones de tal problemática en tres vertientes: *académica, legislativa y práctica*¹⁶.

En efecto, si se trata de describir la arista *académica*, adolecemos de una doctrina Procesal Penal Económica propia, conformada en la actualidad por los trabajos, postgrados y conferencias impartidas por profesores universitarios e investigadores cubanos con inquietudes sobre el tema, destacándose, el profesor Carlos Alberto Mejías Rodríguez¹⁷, como soporte dogmático de la preparación de los profesionales del Derecho pues de manera evidentemente no se abordan temáticas específicas del Derecho Procesal Penal Económico, en los

¹⁶ AROCENA Gustavo A. y BALCARCE, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Estrategias, Necesidades y Urgencias del Derecho Penal Económico en Cuba", Instituto de Estudios Penales, 2012. Disponible en: <http://www.iestudiospenales.com.ar/parte-general/doctrina/1811-estrategias-necesidades-y-urgencias-del-derecho-penal-economico-en-cuba.html> Consultado el 23/11/2015, a las 18.15.

contenidos del programa de estudio de la asignatura Derecho Procesal Penal.

Desde la vertiente *legislativa* en Cuba, es desproporcional el incremento de figuras penales económicas devenidas tras las modificaciones al Código Penal¹⁸ cubano de 1987, modificado mediante los Decretos-Leyes No.150 del 6 de junio de 1994 y 175 de 17 de junio de 1997, y la prácticamente nula creación de estructuras procedimentales destinadas a la elaboración y acreditación de la hipótesis fáctica a subsumir en aquellas. Dicho de otro modo, mientras el Derecho Penal Económico material de nuestros días empeña sus esfuerzos en la determinación exacta de los ilícitos comprendidos en su ámbito de injerencias, adolecemos de un Derecho Procesal Penal Económico adjetivo que se encuentre apto para ordenar los instrumentos de comprobación judicial idóneos para la acreditación de tales delitos.

La sistemática del Código Penal cubano, (Ley No. 62/87) no ubica al delito económico en una única familia, en correspondencia con un bien jurídico protegido, criterio utilizado por el legislador para la clasificación de los ilícitos penales en función de los intereses individuales y sociales que pretende proteger el Estado. Por tanto, los múltiples hechos que se tipifican en los diferentes delitos que se encuentran regulados en distintos títulos de la ley sustantiva penal cubana, en dependencia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, hacen que resulte compleja la imputación que en su momento se realizará en el ejercicio de la acción penal pública.

En el orden procesal, se requiere la reformulación de la ley adjetiva cubana, para enfrentar las conductas delictivas económicas que se detallan en el análisis práctico efectuado, pues en su generalidad, requieren de reformulaciones procesales de urgente solución.

Desde hace algunos años, el mérito de las cuestiones instrumentales le ha correspondido a la Fiscalía General de la República de Cuba, a través de sus instrucciones e indicaciones con las cuales ha tratado de homogenizar la política penal, especialmente en el trabajo de orientación, prevención, persecución y promoción en el enfrentamiento a la criminalidad económica, para lo cual en cada momento y en virtud de las situaciones políticas y económicas que suceden

¹⁸ Aparecen nuevas figuras delictivas en el contexto jurídico-penal cubano, como el Enriquecimiento Ilícito, Negociaciones Ilícitas, Tráfico de Influencias, Insolvencias Punible, Lavado de Dinero, Evasión Fiscal, etc.

en el país, ha trazado diferentes estrategias procesales, que permiten identificar en materia penal económica, una normativa instrumental que flexibiliza, ordena y especifica el componente que de ordinario aparece en el derecho procedimental.

La *praxis* jurídica cubana en el proceso penal económico ha demostrado, que la ley procesal vigente requiere una urgente reformulación, pues corresponde al tribunal como sujeto procesal connatural principal procurar la obtención de la verdad material, al requerir la especialización de la judicatura interviniente en la solución de los ilícitos económicos.

De tal suerte se ha creado por el Tribunal Supremo Popular una Sala Especializada de los Delitos Económicos en el Tribunal Provincial Popular de La Habana y en cuatro secciones de lo penal de los Tribunales Municipales¹⁹. Experiencia de las que durante la investigación no fue posible obtener resultados prácticos. De lo anterior se concluye que tal experiencia en caso de resultar positiva debe hacerse extensiva a todo el país en virtud de la complejidad y ocurrencia de los delitos económicos lo cual debería constituir una de las cuestiones esenciales a ser incluidas en la modificación de la ley procesal actual.

La tendencia o la modernidad sobre la impartición de justicia especializada en nuestro país, tiene el amparo en (Ley No. 82/97) Ley de Tribunales²⁰ que faculta la creación de salas y secciones especiali-

¹⁹ 19 La política penal explicada en la circular 240/2008 del Presidente del Tribunal Supremo Popular y el estudio de la estructura de los tribunales de justicia penal, llevó al criterio de al menos comenzar en los tribunales de Ciudad de la Habana con la creación de una Sala de lo penal perteneciente al Tribunal Provincial a los efectos de que conozca de un grupo de delitos que en "*numerus claus*" fueron nominados. De esta forma la Sala 2da del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de la Habana conocerá de hechos penales económicos y delitos asociados a la corrupción de los comprendidos en el Título V de la ley penal sustantiva, así como los delitos de Malversación, Enriquecimiento Ilícito, Actos en Perjuicio de la Actividad Económica o de la Contratación Estatal y los delitos de Apropiación Indevida y Cohecho que afecten a entidades económicas.

²⁰ Artículo No. 33-1. No obstante lo establecido en el artículo anterior, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular puede;

a) crear salas para conocer de asuntos en materias especializadas, cuando así se requiera.

zadas, cuando existan razones que lo justifiquen y este sería el caso más atinado.

Una de las cuestiones pendientes a resolver, estaría relacionada con la competencia, donde las exigencias fundamentales para el Derecho Procesal Penal Económico en Cuba, está en las cuatro situaciones que pudieran acaecer, en tanto, las causas penales por delitos económicos sean radicadas al atender entre otras razones a las características de la figura delictiva; la entidad del delito derivada de la cantidad y calidad de la pena, la naturaleza de la acción penal, y el componente subjetivo del hecho o la calidad del sujeto sometido a proceso penal. Esta situación procesal es conocida como *competencia material* o por razón de materia.

Otro aspecto de relevancia sería evaluar la *competencia territorial* entre tribunales provinciales y/o municipales y entre los de igual competencia material. Un problema que pudiera suscitarse, está con respecto a la *competencia funcional* entre salas de casos penales económicos y salas de competencia penal genérica en el mismo Tribunal, las que deben ser salvadas con la aplicación coherente del principio de especialización de la judicatura y las indicaciones internas que al respecto se dicten. También habrá que resolver la llamada *competencia por conexión*, cuando se cometen delitos comprendidos o no en la materia económica, para cometer o facilitar la comisión de otros, en cuyo supuesto no habrá dudas de que debe ser atendido por el tribunal de la competencia especial.

Al respecto la adecuada utilización de la prueba técnica, requiere una esencial relevancia para todos los sujetos procesales intervinientes en este procedimiento con independencia de su postura en el contradictorio al formar parte del principio de especialización, pues por la naturaleza de los delitos que caen dentro de este fuero, se utilizan algunos medios de prueba con mayor incidencia que en otras clases de procesos penales. Específicamente se destaca la actuación como sujetos eventuales de los *peritos* que deben realizar su labor con estricto apego a principios éticos, absoluta independencia, imparcialidad y profesionalidad, porque el órgano jurisdiccional depende aquí, en gran medida, de las narraciones de las partes y, fundamentalmente, de los dictámenes periciales.

Refiriéndose aquí a salas en los tribunales provinciales

De esta manera es necesaria la inserción en los tribunales de justicia penal económica de profesionales (analistas de sistemas informáticos, contadores, economistas, etc.) llamados en algunas legislaciones procesales: *perito oficial* que, al actuar a la par de los peritos de partes, acerquen al espacio procesal penal aquellos conocimientos técnicos específicos necesarios para resolver adecuadamente los casos relativos a la delincuencia penal económica, que sean requeridos por el Tribunal.

En este sentido fue provisor el legislador cubano, al incorporar a la ley procesal esta posibilidad, pero nunca pretender que con el informe escrito rendido por los peritos, puedan sustituir el valor de la prueba testifical (Artículo No. 332, 2do párrafo de la Ley No.5 de 1977(Ley de Procedimiento Penal), y evitar así, que se vulneren los principios de contradicción, publicidad e intermediación.

Las dos cuestiones anteriormente expuestas, forman parte de las principales limitantes prácticas que se enfrentan hoy, al procesar este tipo de conductas delictivas al mismo tiempo, afectan el ejercicio pleno del derecho a la defensa.

No menos importante en este sentido será establecer los requisitos y prerrogativas para en sede procedimental, exigirle responsabilidad penal a la persona jurídica, ausente en estos momentos de un tratamiento legislativo en la ley Procesal Penal.

Desde el punto de vista político criminal, el principio de legalidad procesal, exhibe una limitación pronunciada, en cuanto a los hechos y a las personas involucradas, en razón a la posibilidad de aplicar prudentemente el principio de oportunidad, al disminuir en lo posible, el inmenso material fáctico a través de la concentración investigativa y por ende de la imputación y juzgamiento de una parte de los hechos.

Resulta interesante resaltar en este análisis, las limitantes existentes en el proceso penal económico, desde la misma fase preparatoria, como por ejemplo, la práctica de la prueba testifical anticipada²¹, a

²¹ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, “Ley. No. 5 de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977”, Disponible en: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Cuba_Ley_de_Procedimiento_Penal_Texto_Completo.pdf Consultada el 24/11/2015, a las 20.30. Ver el artículo 194, sobre la prueba anticipada.

ciudadanos extranjeros, aun sin conocerse todavía el resultado de una auditoria y faltando por llegar al proceso otras personas que declararan en calidad de acusado o testigos. Esta realidad entra en contradicción con los principios de inmediación, concentración, publicidad, entre otros.

No menos importante y de una necesaria trascendencia, resulta la especialización del aparato investigativo criminal, que en no pocos casos por la complejidad de los delitos imputados, requieren de un apoyo constante en materias novedosas y cuya ausencia de conocimientos especializados, dilata la tramitación procesal del material probatorio a incorporar, lo cual requiere además de un esfuerzo mayor para la utilización adecuada de técnicas investigativas, acorde con la probanza de estos ilícitos.

Las limitantes académicas, legislativas y prácticas, que hoy afectan en el orden procesal la persecución de los delitos económicos, nos permitió constatar, que aún se carece de una norma adjetiva, atemperada y capaz de enfrentar con eficacia estas figuras delictivas, donde en gran medida pudieran tener una solución viable en la utilización de los principios y caracteres que hoy soportan el derecho realizador económico, pues con la aplicación de tres de sus principios(especialización, oportunidad reglada y empleo del perito oficial) debidamente desarrollados en el primer capítulo de nuestro trabajo, tributaríamos a modificaciones procesales de utilidad y con la finalidad de que nuestros órganos jurisdiccionales y las partes en sentido general, puedan contribuir de manera efectiva en alcanzar la verdad material dentro del proceso penal y ajustado a los principios elementales del debido proceso penal .

5. BIBLIOGRAFÍA

- AROCENA, Gustavo. A y BALCARCE, Fabián. I. artículo citado *Derecho Penal Económico Procesal*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. CIIDPE. Año 2008. www.ciidpe.com.ar
- Código Penal cubano. Ley No 62 de 1987, modificado mediante Decreto-Ley No.150 del 6 de junio de 1994, Decreto-Ley No, 175 de 17 de junio de 1997 y Ley No.87/99.
- FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio A. Profesor de Criminalística de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Libro de Texto Derecho Procesal Penal. TEMA I Artículo: *El Derecho Procesal Pe-*

nal. Concepto y Naturaleza del proceso penal. Evolución histórica .Los sistemas de enjuiciar .citando a Manuel Rivera Silva.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, Profesor Auxiliar, Facultad Derecho, Universidad de la Habana, Obra, *El Ámbito Procesal del Derecho Penal Económico en Cuba*, Centro de Investigaciones del Derecho Penal Económico año 2012.

LORCA NAVARRETE, Antonio M., *Derecho Procesal Penal*, Editorial. Tecnos, Madrid 1986.

PASTOR, Daniel R., “¿Es conveniente la aplicación del proceso penal «convencional» a los delitos «no convencionales»?”, en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Julio B. J. Maier –compilador-, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.

PRIETO MORALES, Aldo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial ENSPES, Habana 1962.

RIVERO GARCÍA, Danilo y María Caridad, BERTOT YERO, *Código Penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.

VIADA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Tecnos. Madrid, España, 1996.

Uno de los temas más recurridos en el ámbito jurídico mexicano, es sin lugar a dudas la implementación del proceso penal acusatorio; con independencia del área del derecho que se ejerza, este nuevo paradigma en la justicia mexicana, trae consigo una serie de influencias que han impactado la tramitación de los procesos: penal, civil, familiar y mercantil por mencionar solo algunos cuya tendencia sigue hacia la oralidad, apuntalándola como el medio para hacer más dinámica las intervenciones, favorecer la publicidad y agilizar el sistema de audiencias. Aunque referirnos exclusivamente a estas parcialidades temáticas, dejarían demasiadas interrogantes y lo que se busca, es tratar de dar respuestas.

Cuba es de los países latinoamericanos con más experiencia en el modelo acusatorio, baste analizar y conocer la evolución histórica de los procesos penales y consecuentemente de las normas jurídicas que le han dado vida para tener como referente que desde el 01 de enero de 1889 entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 14 de septiembre de 1882 (LECrim), extensiva a la Isla por Real Decreto de 19 de octubre de 1888, como resultado del movimiento codificador del siglo XIX; esta ley en donde se conservaban aspectos fundamentales del sistema inquisitivo en la primera etapa denominada sumario, también tenía otra en donde prevalecía el sistema acusatorio denominada del *juicio oral*, practicándose la publicidad, la contradicción, la concentración, y según se lee la igualdad procesal entre la defensa y el órgano desde el siglo pasado.

ISBN 978-959-7219-34-7



9 789597 219347 1