

- *¿Hurto o estafa por medio de computadoras?*, en LL, t. 1994-B, ps. 441 a 446.

- *Virus informáticos y responsabilidad penal*, en L.L., 1992-E, Sec. Doctrina, ps. 1122 a 1131.

RIGHI, ESTEBAN, *Teoría de la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

RIQUERT, MARCELO A., *Informática y derecho penal argentino*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general*, trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

RUDI, JORGE A., *Introducción al derecho penal informático*, en ED, t. 157, ps. 856 a 864.

SANCINETTI, MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992 [citado como *Aproximación*].

- *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, reimpresión, Civitas, Madrid, 2001 [citado como *La expansión del derecho penal*].

SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1970.

VIVES ANTÓN, T. S. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): estafas*, en "Derecho penal. Parte especial", AA.VV., 3ª edición revisada y actualizada, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

LA SIGNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN EL MODERNO PROCESO PENAL**

I

El desarrollo del derecho penal material y el del derecho procesal penal parece haber tenido distinto grado de relación con los derechos fundamentales. Mientras el derecho procesal penal fue inmediatamente vinculado a las nuevas formas políticas que reemplazaron al absolutismo, el derecho penal material sufrió una evolución diferente. No es posible negar que las ideas del liberalismo influyeron decisivamente en el nuevo derecho penal material, pero lo cierto es que existe la sensación de que desde el comienzo del derecho penal moderno la conexión del derecho procesal penal con los derechos de la persona se perciben de una manera más directa que la relación del derecho penal material.

Esta estrecha relación del derecho procesal con los derechos de la persona aflora ya en la obra de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), en la que la profundidad de la reforma del derecho procesal que propone no es, probablemente, comparable a la del derecho penal material. Mientras la abolición de la tortura para obtener la confesión, los límites de la detención o las garantías del testimonio están vinculadas directamente a la dignidad que implícitamente se reconoce a las personas libres en la ideología del liberalismo, en lo concerniente al nue-

* Catedrático de Derecho Penal, Magistrado del Tribunal Supremo del Reino de España.

** Conferencia pronunciada en la inauguración del Institut für europäisches Recht und Rechtskultur de la Universidad de Bayreuth el 11 de noviembre de 1999.

vo orden del derecho penal priman las consideraciones de utilidad deducidas ante todo de la esencia de la pena y su reforma se manifiesta probablemente sobre todo en el catálogo de bienes jurídicos cuya protección legitimaría el derecho penal. Esto explicaría el peso y la operatividad que tienen en la Declaración de Droits de l'homme et du citoyen de 1789 las garantías procesales de los arts. 7° y 9° que limitan, en verdad, el poder de reprimir los delitos a formas procesales garantizadas de la seguridad del ciudadano. Los principios del derecho penal material de la Declaración de 1789, por el contrario, son puntos de partida muy generales para la construcción de un derecho penal que reduzca su función a la punibilidad de "acciones perjudiciales" (*actions nuisibles*) (art. 5°) mediante penas "estricta y evidentemente necesarias" (art. 6°) contenidas en una ley previa.

Por lo tanto, en sus orígenes liberales el derecho procesal penal no estuvo orientado a la prevención del delito sino a garantizar la justa realización del derecho penal. Por el contrario, la función preventiva sólo correspondía al derecho penal.

Cualquiera que sea la validez de estas afirmaciones, lo cierto es que resultan confirmadas por el movimiento de reforma del derecho penal clásico que comienza en la segunda mitad del siglo XIX, y al que están estrechamente ligados los nombres de FRANZ VON LISZT en Alemania y de ENRICO FERRI en Italia. No parece que la fuerza impulsora de este movimiento de reformas hayan sido las relaciones del derecho penal con los derechos humanos, sino, más bien, una concepción de la pena legitimada en su utilidad social, es decir, especialmente en su capacidad preventivo-especial. El movimiento de reformas tuvo un marcado carácter supranacional y europeo, reflejado inclusive en la creación de organizaciones internacionales de penalistas que concretaron las ideas de la nueva política criminal (IKV, AIDP) que culminó en la reforma suiza orientada por los proyectos de CARL STOOS y en la italiana de 1930 (ARTURO

Rocco). En este programa reformista el papel del derecho procesal no fue sino secundario. Más aún, visto retrospectivamente se tiene la impresión de que el derecho procesal penal, en realidad, no formó parte sustancial de este programa *político-criminal*¹. Antes bien: las propias bases teóricas de la reforma propugnada no entendía necesaria una reforma del proceso penal. En este sentido, parecen paradigmáticas las palabras de v. LISZT, al definir la política criminal como el "conjunto de principios, apoyados en la investigación científica de las causas del delito así como de los efectos de la pena, según los cuales el Estado por medio de la misma y de instituciones análogas tiene que conducir la lucha contra el delito"². Parece más o menos claro que admitida esta definición de la política criminal el derecho procesal penal no debía entrar necesariamente en el nuevo orden penal, orientado a la prevención del delito y sobre todo a la prevención especial del delito. En todo caso, sólo indirectamente cabía pensar en reformas del proceso que posibilitaran introducir elementos que permitieran un juicio sobre las tendencias del autor en el futuro.

II

Esta situación se mantuvo inclusive en los primeros años posteriores a la segunda guerra mundial, cuando los derechos humanos adquirieron una jerarquía especial. Como consecuencia de su internacionalización, de su carácter constitucional y de la creación de jurisdicciones constitucionales con capacidad para revisar las decisiones judiciales en esta materia, (Verfassungsbeschwerde en Alemania, recurso de amparo en

¹ La circunstancia de que el Código Procesal Penal italiano de 1930 haya sido sancionado junto al Código Penal no se explica por un programa integral de reforma del sistema penal.

² Strafrechtliche Vortr. u. Aufsätze, I, 1905, 292.

España, etcétera) se introdujo en la vida cotidiana de la administración de justicia la cuestión de las garantías de los derechos humanos afectados por el proceso penal de una manera, hasta entonces, no conocida. Por otro lado, la instauración de tribunales internacionales ante los que es posible demandar al Estado cuya administración de justicia hubiera desconocido los derechos humanos, generó una jurisprudencia unificadora, al menos dentro de los estados miembros del Consejo de Europa, en menor medida en los que forman parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, del entendimiento de los derechos humanos que conciernen al proceso penal.

En este marco se puso rápidamente de manifiesto que el proceso penal tiene una estrecha relación con la Constitución del Estado: "Das Strafverfahrensrecht ist der Seismograph der Staatsverfassung" dice ROXIN³. En otras palabras: el reconocimiento de derechos fundamentales procesales por un Estado es un criterio para medir el carácter autoritario o liberal (*freiheitlich*) de una sociedad. La experiencia histórica revela que en una sociedad autoritaria las garantías del debido proceso son considerablemente más reducidas que en una sociedad basada en la libertad de los ciudadanos, pues una reducción de los derechos fundamentales reconocidos en relación al proceso importa una mayor desprotección del inocente. Por otra parte una mayor protección del no culpable suele aumentar la posibilidad de absolución de algún culpable. En un esquema de prototipos ideales se puede decir que las sociedades autoritarias, por lo tanto, pueden ser caracterizadas por un nivel de baja protección del no culpable, aun a riesgo de condenar a un inocente. En ellas importa menos la sanción de la culpabilidad real que el supuesto efecto intimidante de una pena aplicable a través de un proceso de reducido nivel de garantías. Las sociedades basadas en la libertad asumen mayores riesgos de que

³ Strafverfahrensrecht, 25 ed., 1998, § 2.

un culpable no sea penado, pues sólo consideran legítima la pena de quien es culpable y ponen en duda la legitimidad del efecto intimidante de la pena como única función del derecho penal. La extensión que se reconozca a las garantías del proceso penal, por lo tanto, tiene un efecto directo sobre la libertad.

De esta manera, el proceso penal se nos presenta como un campo de conflicto de derechos fundamentales con intereses sociales especialmente sensible. Por este motivo dentro de los estados democráticos europeos, los límites de las garantías procesales reconocidas como derechos fundamentales están sometidas a una constante discusión. El problema del equilibrio entre los fines del proceso penal, es decir, entre la condena del culpable y la protección del inocente es una cuestión permanente discutida en los últimos 25 años. Con frecuencia se sostiene que un proceso penal orientado exclusivamente a la protección del inocente puede reducir de una manera intolerable la eficiencia del derecho penal, acompañando este discurso de una exaltación de los derechos de la víctima o de la necesidad de seguridad de la sociedad. Sobre todo en las dos últimas décadas esta tendencia a entender el proceso penal en conexión con la eficiencia de la persecución penal, no ha sido insignificante. No es necesaria una demostración especial de que ello tiene una repercusión directa en la definición del núcleo de los derechos garantizados como intangibles en el catálogo de derechos humanos y, sobre todo, en uno que constituye un punto neurálgico del sistema del derecho procesal penal liberal: la presunción de inocencia.

En USA se elaboró una contraposición de modelos del proceso penal moderno que distingue entre el *modelo del control social del delito (crime control model)* y el *modelo del debido proceso (due process model)*⁴. Estos modelos, entre tanto, han sido

⁴ Confr. Herbert L. Packer, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, Calif., 1968; el mismo, *Two models of criminal process*, 113 U. Penn. L.R. 1, 1964.

mencionados como marco de referencia también en Europa⁵. En ellos la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* que de ella se deriva, así como las otras garantías procesales del acusado reconocidas como derechos fundamentales, tienen una amplitud muy diversa. El *modelo del control social* contradice frontalmente la tradición que proviene de la ya citada definición de la política criminal de v. LISZT, que no incluía el derecho procesal penal entre los medios de lucha contra el delito; en el modelo del control social se atribuye al proceso penal la lucha contra el delito como su finalidad más importante. Para ello en el marco de este modelo el fin del control obliga a operar con una presunción de culpabilidad del mero sospechoso, o con un "concepto fáctico de culpabilidad"⁶. En Inglaterra SPENCER parece compartir la opinión de SANDERS - YOUNG⁷, quienes, luego de someter el proceso inglés a un análisis profundo, concluyen que, no obstante la retórica tradicional, el proceso penal inglés moderno está ampliamente orientado hacia el modelo del *crime control*.

El modelo del debido proceso, por el contrario, opera con un concepto jurídico de culpabilidad y presume la inocencia del acusado. Es evidente que los derechos del art. 6° CEDH tienen un diverso entendimiento en estos dos modelos: mientras el modelo *crime control* los considera un mal necesario, el modelo del *due process* entiende que son auténticos obstáculos frente a la acusación, que reducen la eficacia del derecho penal.

Probablemente nadie postula abiertamente un proceso penal totalmente orientado al *crime control model*, pero parece

⁵ Confr. Arzt, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976, ps. 77 y ss.; J. R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, París, 1998, ps. 113 y ss.; Bacigalupo, en ZStW, 111 (1999), ps. 717 y ss. (726).

⁶ Arzt, loc. cit., p. 77.

⁷ Criminal Justice, Butterworths, 1994 (citados por Spencer en *La procédure pénale Anglaise*, París, 1998, p. 114).

imposible negar la existencia de fuertes tendencias a limitar los derechos fundamentales, que —de alguna manera— tienen a este modelo como punto de referencia. En este sentido es posible señalar que el reconocimiento de la tesis de la igualdad jerárquica de los derechos fundamentales intangibles con el deber del Estado de garantizar una justicia eficiente orientado a proteger la pretensión de seguridad de los ciudadanos, tiene conexiones con los fines del *crime control model*, en la medida en que permite definir la amplitud de los derechos procesales del acusado ponderando también los intereses de la persecución del delito⁸. En esta dirección se sostiene que —en consonancia con el *crime control model*—, partiendo del potencial de peligro de la criminalidad organizada, la protección de la libertad y la lucha contra la criminalidad son dos caras de la misma medalla (*Zwei Seiten einer Medaille*); "no se trata sólo de la seguridad del ciudadano frente al desorbitado poder estatal, sino de la seguridad del ciudadano a través del Estado mediante la lucha contra la criminalidad organizada"⁹.

Ciertamente no han faltado críticas drásticas al modelo del *crime control*. ARZT ha señalado la "introducción demagógica del control de criminalidad como una finalidad absoluta"¹⁰. Desde esta perspectiva dice, ni siquiera es correcto lo que se propone mediante la reducción de la finalidad del proceso penal al control de la criminalidad, "pues el poder descontrolado no es especialmente efectivo, sino destructivo, con su tendencia a la autodestrucción" y porque es extremadamente dudoso que "la arbitrariedad sea lo mejor para crear el orden"¹¹. Pero, estas críticas no se han visto favorecidas por la evolución de la percepción del fenómeno criminal actual, conmovida por el terrorismo primero y el llamado crimen organizado después.

⁸ Confr. Wolter, en GA, 1999, ps. 158 y ss. (163 y ss.).

⁹ Lorenz, en GA, 1997, ps. 51 y ss. (66).

¹⁰ Arzt, loc. cit., p. 78.

¹¹ *Ibidem*.

III

De todos modos, la aplicación de la EMRK por el TEDH ha conducido a un modelo de proceso europeo que, en principio, tiende a conservar la tradición liberal del proceso penal.

El TEDH ha establecido, en la aplicación del art. 6º CEDH un conjunto de principios del proceso penal que configuran el standard mínimo de derechos fundamentales en el proceso penal europeo. En particular merecen atención las decisiones del TEDH en lo referente a las condiciones de legitimidad del proceso. Se trata de criterios que tienen en cuenta la totalidad del proceso: la cuestión de si un proceso se ha desarrollado con todas las garantías dependerá de una consideración de su totalidad, incluyendo las instancias de recursos. Ello no excluye, sin embargo, que en ciertos casos se hayan señalado como decisivas determinadas vulneraciones puntuales especialmente graves¹². En general es posible afirmar que el principio fundamental y estructural del proceso con todas las garantías (para emplear las palabras del art. 24.2 CE) en la jurisprudencia del TEDH es el de la *igualdad de armas*, según el cual tanto la acusación como la defensa y el acusado deben contar con igualdad de posibilidades, de tal manera que el acusado no sea perjudicado en relación a la acusación, sobre todo en lo concerniente a la citación de testigos o peritos, al ofrecimiento de prueba y al interrogatorio de los testigos de cargo o de descargo.

En gran medida el principio de igualdad de armas se relaciona en la jurisprudencia del TEDH con el valor que se otorga a los efectos de la comprobación de los hechos, a pruebas que han sido obtenidas y producidas fuera del juicio oral, especialmente, cuando esas pruebas han sido aportadas a la causa por la policía sin un control de la defensa. Por lo general se trata de situaciones que afectan a los principios de inmedia-

¹² Confr. STEDH caso "Barberá-Messegué-Jabardo" (contra España).

ción y oralidad, a los que la jurisprudencia constitucional española acuerda jerarquía constitucional. En estos casos se considera que la igualdad de armas queda salvaguardada cuando el acusado y la defensa han podido interrogar a los testigos de cargo y de descargo y han disfrutado en el juicio oral y en su preparación de las mismas posibilidades probatorias. En la aplicación de este criterio, sin embargo, se presentan problemas, por ejemplo, vinculados a la protección de los testigos frente a las posibles represalias de delincuentes organizados o profesionales y a su compatibilidad con el derecho de los acusados a interrogar a los testigos del art. 6.3.d. CEDH que, por regla, los tribunales nacionales han intentado superar dando validez a diligencias practicadas durante la instrucción. En el caso "Unterpentiger", por ejemplo, el TEDH¹³ consideró vulnerados los arts. 6.1. y 3.d. CEDH porque el tribunal que condenó al acusado se basó en las declaraciones de testigos prestadas en la fase de investigación, que en el juicio oral se acogieron a su derecho de no declarar¹⁴. En el caso "Kostovski" el TEDH consideró también vulnerado el art. 6º CEDH porque la condena se basó en la declaración de dos testigos anónimos que el acusado y su defensor no pudieron interrogar. La cuestión más actual en esta materia, sin embargo, es la que se presenta en el caso de los *undercover agent*, es decir, de los confidentes policiales o agentes infiltrados que por razones de seguridad no quieren ser interrogados en el juicio oral. En los casos "Lüdi" y "Saïdi", el TEDH expresó su reconocimiento de la dificultades de la lucha contra el tráfico de estupefacientes y, particularmente, en lo referente a la obtención de la pruebas. Sin embargo, en el caso "Lüdi" decidió que el agente infiltrado debía ser oído en el juicio oral, aunque sea admisible que su interrogatorio tenga lugar en una forma que salvaguarde su identidad.

¹³ Confr. también la sentencia de los casos Windisch y Saïdi, del 20/9/93.

¹⁴ Confr. las críticas de Peukert, en Frowein-Peukert, EMRK, 2ª ed., 1996, art. 6, 101 (ps. 232 y ss.).

Pero, no es posible negar que no obstante esta jurisprudencia, en el proceso penal moderno el principio de igualdad de armas opera reducidamente, toda vez que se limita prácticamente a la posibilidad de ofrecer pruebas y de interrogar a los testigos. En la doctrina se ha señalado con razón que en la praxis actual el juicio queda decidido, en gran parte, durante la instrucción¹⁵ donde probablemente rige la “desigualdad de armas”. La cuestión se relaciona con las premisas que rigen las investigaciones previas necesarias para la realización del juicio oral y público. Estas normas, por lo general, tienen fuertes rasgos inquisitoriales. En particular es evidente que la Policía y la Fiscalía tienen durante la instrucción posibilidades para la obtención de pruebas de las que no dispone la defensa; ésta, inclusive, puede ser excluida del conocimiento de las actuaciones mediante la declaración del secreto y, a causa de ello, puede perder posibilidades de obtener determinadas pruebas que le sean favorables y decisivas; muchas de las diligencias de la investigación practicadas por la policía sin necesidad de conocimiento del acusado, son prácticamente incontestables para éste, aunque hayan sido judicialmente autorizadas (p. ej.: hallazgo de droga en una diligencia de entrada y registro). Si además se permite que las declaraciones de testigos realizadas en la investigación preliminar sean introducidas en el juicio, es evidente que la igualdad de armas limitada al juicio oral, no es una auténtica igualdad de armas. Cómo extender el principio de igualdad de armas a la fase de la investigación preliminar, por lo tanto, es una de las cuestiones más trascendentes del proceso penal europeo moderno en relación a los derechos que garantiza la CEDH.

La tarea sin embargo no será fácil. Al respecto resulta especialmente ilustrativo el *Rapport final sur la mise en état des affaires pénales* (1990), de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, constituida por el ministro de Justicia francés (Mr.

¹⁵ Confr. Wolter, *Aspekten einer Strafprozeßreform bis 2007*, 1991, ps. 56 y ss..

Pierre Arpaillange) en octubre de 1988¹⁶. En su *Rapport Préliminaire* (1989) la Comisión había señalado que “el contenido de los derechos de la defensa no ha sido siquiera precisado, particularmente en la fase de la investigación previa”¹⁷ y que “las garantías del proceso durante la instrucción pueden compensar en el juicio el hecho de que cierto elementos de prueba hayan sido obtenidos de manera no equitativa”¹⁸. Sobre estas bases la Comisión propuso precisar una extensión de los derechos de defensa, tal como ellos aparecen en el art. 6.3 CEDH a la fase de instrucción¹⁹. La Comisión recordó que el TEDH, en su sentencia del caso “Can c/ Austria”, de 12/7/84, había sostenido que “las garantías enunciadas en los diferentes apartados del art. 6.3 no son todas de la misma naturaleza” y, en consecuencia que “no son aplicables en estados anteriores al proceso mismo y que frecuentemente tampoco pueden ser aplicadas”. No obstante, señalaba el *Rapport*, el TEDH reconoció ya en esta sentencia que las disposiciones del art. 6.3. b. (derecho a disponer de tiempo y facilidades para la preparación de la defensa) y e. (derecho a ser asistido gratuitamente de un intérprete) no se limitan al proceso en sentido estricto y que los derechos de defensa del art. 6.3. c. (derecho a interrogar a los testigos de cargo y de descargo) “pertenecen a un grupo de disposiciones del art. 6° que pueden ser aplicados tanto al proceso en sentido estricto como a una fase anterior al mismo”.

Sobre estas bases la Comisión propuso reflexionar sobre la posibilidad de otorgar a todas las partes un “igual poder de investigación” recurriendo, inclusive a peritos e investigadores privados, “a condición de que éstos presenten todas las garantías de competencia y de moralidad y estén sometidos a

¹⁶ Confr. Comisión Justice Pénale et Droits de l'Homme, *La mise en état des affaires pénales, Rapports (La documentation française)* París, 1991, ps. 105 y ss..

¹⁷ Loc. cit., p. 88.

¹⁸ Loc. cit., p. 89.

¹⁹ Loc. cit., p. 89.

reglas deontológicas estrictas”²⁰. La respuesta a esta proposición –sin duda necesitada de una discusión profunda– fue claramente negativa: “de todos modos –dice el *Rapport final*– de manera casi unánime ha sido rechazada la hipótesis de un derecho de la defensa de recurrir a investigadores privados: sería exponerse a graves abusos y a desigualdades crecientes”²¹.

De todo lo anterior es posible deducir que el desarrollo del derecho procesal en la Europa actual, especialmente condicionado por fenómenos criminales como el terrorismo y la criminalidad organizada no parece avanzar en el sentido de un fortalecimiento de la igualdad de armas. Más bien ocurre lo contrario: se tiende a potenciar la obtención policial de pruebas neutralizando ciertas garantías como el *principio nemo tenetur se ipsum accusare* mediante instrumentos procesales como los agentes encubiertos, el empleo de medios técnicos para escuchas dentro del domicilio, el sometimiento a observación policial o ciertas formas de control preventivo que afectan incluso a personas no sospechosas como las previstas para el blanqueo de dinero²². La eficacia de algunas de estas medidas ya ha sido puesta en duda. En su edición del 13/14 de noviembre de 1999 la *Süddeutsche Zeitung* informaba en primera página de los proyectos de la coalición gobernante en Alemania para una reforma total de las intervenciones telefónicas, una mayor protección de datos y una modificación de la regulación de los “arrepentidos” (*Kronzeugenregelung*). Tales proyectos de reforma tienen en cuenta la comprobación denunciada por el Encargado de Protección de Datos sobre el extraordinario aumento del número de intervenciones telefónicas, que en 1998 afectó en Alemania a 10.000 conexiones y aproximadamente a medio millón de conversaciones telefónicas.

²⁰ Loc. cit., p. 99.

²¹ Loc. cit., p. 121.

²² Confr. Wolter, *Aspekte einer Strafprozeßreform bis*, 2007, 1991, 56 y ss.; Weigend, en *ZStW* 104 (1992), ps. 486 (504 y ss.); Eser *ZStW* 108 (1996), p. 86; Nelles, *ZStW* 109 (1997), ps. 727 y ss. (730 y ss.).

cas. Según la misma información son las asociaciones profesionales de jueces y abogados las que hace años exteriorizan sus reparos por esta situación. Con respecto a la regulación para arrepentidos en el editorial de la misma fecha dice el periódico que dichas normas “han sido durante diez años la injusticia personificada en el derecho penal alemán (...) con ellas el legislador ha sobrepasado los límites de principios elementales de la pena”.

Es cierto que estas medidas se suelen limitar básicamente a la criminalidad organizada y que, acaso, se podrían justificar por el estado de necesidad. No obstante, en una adecuada regulación deberían ir acompañadas de una estricta interpretación de los presupuestos del estado de necesidad y de una prohibición de valoración de la prueba obtenida en los casos en los que tales presupuestos no hayan sido correctamente apreciados al disponer la medida. Sin embargo, no es ésta la orientación de las jurisprudencias y las legislaciones actualmente. Más aún, en esta materia las excepciones amenazan con convertirse en regla.

En cualquier caso, lo cierto es que incluso fuera del campo de la criminalidad organizada se percibe clara tendencia general a privilegiar la investigación preliminar frente al juicio oral. En este punto cuentan, ante todo, ciertos usos abusivos de la prisión provisional por parte de los jueces de instrucción, especialmente en Italia y España. Esta manera de obtener testimonios inculpantes, en ciertos casos, a cambio de beneficios penales para el que los presta, ha motivado en España la necesidad de que el tribunal constitucional intervenga recordando que sólo la necesidad justifica tales medidas cautelares²³. Especialmente discutida es en la jurisprudencia española la utilización de las inculpaciones, carentes de toda corroboración objetiva, de algunos acusados que –después de la demostración de su propia culpabilidad– se dirigen contra

²³ STC del 26/7/95.

otras personas, a cambio de ciertos beneficios penitenciarios otorgados por el juez de Instrucción. La cuestión no es clara, pues en el conocido caso "Marey" (STS 2/98) el Tribunal Supremo consideró válidas tales declaraciones. No obstante el Tribunal Supremo recientemente ha decidido que en tales casos el tribunal de los hechos debe expresar con una motivación adecuada en qué basa la credibilidad del testigo beneficiado durante la instrucción²⁴.

En Italia se observa una tendencia similar: la Corte Costituzionale ha interpretado el art. 500, III CPP, que excluía el efecto probatorio -aunque fueran leídas en el juicio oral- de los testimonios prestados en la investigación preliminar, así como en el art. 513 II del mismo Código, que entendió que no cabía la lectura del acta de la declaración de un inculpado en otra causa (art. 210 CPP), si éste había hecho uso del derecho a no declarar. En la Sent. 255/92 la Corte Costituzionale sostuvo como fundamento de la decisión el "*principio de igualdad*" mientras en la Sent. 254/92 se refirió a la ausencia de "toda justificación razonable". Ambos fundamentos son altamente discutibles, dado que el reconocimiento del valor probatorio de las declaraciones de un testigo en la investigación preliminar no resulta fácilmente justificable por un mandato constitucional.

No obstante, en algunas cuestiones la situación dista de ser uniforme en los estados de la Unión Europea. Valga como ejemplo la diferente solución a la que llegan el BGH (Tribunal Supremo Federal alemán) y el Tribunal Supremo español en los casos de provocación del delito por agentes encubiertos. Mientras el BGH sólo aprecia en la provocación una circunstancia atenuante, el Tribunal Supremo español, a mi juicio con mayor acierto, estima que la provocación del delito por agentes estatales es un obstáculo procesal y, en consonancia con

²⁴ STS 1523/1999.

ello, admite la concurrencia de una causa de anulación del proceso y la consiguiente absolución de los acusados²⁵.

IV

Los conflictos entre derechos fundamentales y otros intereses sociales se manifiestan también en el frecuente choque entre el derecho a un tribunal imparcial y el derecho a informar verazmente y a ser informado. Se ha sostenido en este sentido que la prensa y la justicia penal con frecuencia no tienen buenas relaciones²⁶. Ello no quiere decir sin duda, que la libertad de prensa sea un obstáculo para el buen funcionamiento de la justicia, nadie duda de que también la libertad de información es un derecho esencial en el Estado democrático. Sin embargo, es preciso reflexionar sobre las relaciones entre uno y otros derechos con miras a una regulación legal más precisa que las hoy conocidas.

El problema de la delimitación del ámbito de aplicación propio de los arts. 6º y 10 CEDH se ha convertido en los últimos tiempos en uno de los problemas de mayor trascendencia a partir del momento en que se comprobó la enorme capacidad de los medios de comunicación para formar opinión respecto de los hechos sometidos al juicio de un tribunal y la debilidad de hecho de los instrumentos de que disponen los tribunales para establecer en la sociedad una verdad jurídica aceptable como definitiva, sobre todo cuando su decisión no coincide con la de los medios de comunicación. La posibilidad de conflicto surge fundamentalmente por las dificultades de los juristas para explicar a la opinión pública sus complicadas decisiones jurídicas.

²⁵ Confr. Jescheck-Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5ª ed., 1996, ps. 897 y ss. Con mayores informaciones jurisprudenciales.

²⁶ Confr. Hassemmer, en NJW, 1984, 1921 y ss..

Por ello la opinión pública, formada frecuentemente por los medios de comunicación, apelando a los temores de la población o a otras reacciones emocionales, puede chocar con la de los tribunales en lo referente a las pruebas del proceso e inclusive con las conclusiones de las sentencias basadas en las valoraciones del orden jurídico.

El resultado suele ser en estos casos un debilitamiento de la autoridad del poder judicial como consecuencia de una estrategia de erosión en la que los tribunales son criticados, pero no deben participar en el debate público. Esta discrepancia suele ser explicada en los medios periodísticos recurriendo al argumento de la incapacidad de los tribunales para comprender la "realidad". El problema no sólo se presenta en los conflictos que entre un proceso rigurosamente ajustado a la ley y las finalidades políticas de una determinada campaña de prensa (piénsese en el caso "Andreotti", en Italia o en los casos "Filesa", "Marey" o "Sogecable" en España)²⁷. También se pone de manifiesto en los delitos sexuales o en otros delitos contra la propiedad, aunque no tengan trascendencia política inmediata.

La Comisión Europea de Derechos Humanos llegó a ocuparse de la cuestión, en caso de virulentas campañas de prensa contra el acusado y llegó a admitir que campañas de esta especie podían afectar negativamente al derecho al debido proceso (fares Verfahren), especialmente cuando el tribunal está formado por jurados legos (Laienrichter). En este sentido la comisión ha decidido que el derecho de la libertad de información cubre informaciones objetivas sobre el desarrollo del proceso, sobre la peligrosidad del autor derivada de condenas anteriores u otras circunstancias, pero subrayó que se deben evitar las afirmaciones que anticipen una condena²⁸.

²⁷ Confr. Bacigalupo, en ZStW (1999), ps. 715 y ss..

²⁸ Confr. Peukert, loc. cit., nota 14, p. 286, con mayores informaciones.

No obstante, el problema ha adquirido en algunos estados europeos una extraordinaria gravedad, sobre todo en procesos cuyo carácter político es inequívoco y en los que la decisión del tribunal se supone que puede ser utilizada con fines electoralistas.

La prueba de la influencia de la campaña de prensa sobre la imparcialidad subjetiva de los jueces, en realidad, sólo podría probarse en el caso en el que éstos hubieran incurrido en prevaricación en perjuicio del inculpado (Beschuldigter). De lo contrario, si los jueces decidieron de acuerdo con la ley será casi imposible demostrar que no han sido imparciales.

Con razón ha señalado ROXIN²⁹ que en la discusión sobre los juicios paralelos no se trata del estado anímico del juez, sino lo que se pone en juego es la forma judicial del proceso. Sin embargo, no cabe duda que tales campañas de prensa tienen efectos de difícil reparación para el afectado, pues el derecho de rectificación tiene un alcance muy limitado, al menos en España donde los medios de comunicación suelen emplearlo para continuar los ataques al honor o la intimidad de las personas mediante un cumplimiento sólo formal de la obligación legal. Las posibilidades individuales de defensa jurídica en tales casos son casi nulas y en todo caso carentes de un efecto reparador rápido y adecuado.

Tomando en cuenta estas consideraciones se ha sostenido que se debe deducir del principio de presunción de inocencia un deber del Estado de custodiar a la prensa mediante medidas positivas para que ésta se mantenga en sus informaciones sobre procesos pendientes dentro del marco de la objetividad³⁰. Es interesante señalar que este punto de vista ha sido ya adoptado por Francia con la introducción del art. 9-1 del Code Civil, mediante la ley N° 93-2 del 4/1/93 (art. 47). El nuevo texto legal establece que :

²⁹ NStZ, 1991, 157.

³⁰ Confr. Peukert, loc. cit. nota 14, p. 287; ver también Trechsel, en SJZ 1981, 335.

“Cuando una persona antes de ser condenada, sea presentada públicamente como culpable de hechos que son objeto de una instrucción judicial, el juez puede, inclusive de oficio (*même en référé*), ordenar la inserción de una rectificación o la difusión de un comunicado a los fines de hacer cesar el atentado a la presunción de inocencia, sin perjuicio de una acción de reparación de los daños sufridos y de otras medidas que puedan ser prescritas en aplicación del nuevo Código Procesal Civil y ello a cargo de la persona física o moral responsable del atentado a la presunción de inocencia”.

La nueva norma del derecho francés tiene una importante trascendencia sobre los alcances de la presunción de inocencia, dado que le asigna un efecto horizontal que hasta ahora no se le reconocía y constituye al Estado, a través del Poder Judicial, en garante del mismo³¹. La presunción de inocencia, por lo tanto, no sólo debe ser un derecho frente al Estado, sino también frente a otros ciudadanos que disponen de medios capaces de estigmatizar a una persona de una manera análoga a la que el Estado podría lograr con la pena, pero –para peor– sin sujeción a los presupuestos que legitiman la pena estatal. Es evidente que otras soluciones como la autorización a los medios para que puedan examinar las actas del proceso³² tienen pocas posibilidades de éxito, pues siempre existirá el riesgo de una reproducción tergiversada del contenido de aquéllas.

La complicada relación triangular entre libertad de información, protección del justiciable e imparcialidad del tribunal ha sido también objeto de estudio por parte de la Commission Justice Penale et Droits de l'Homme francesa³³

³¹ Hassemer, loc. cit., nota 25, señala que el principio de presunción de inocencia, no tiene frente a los medios un efecto horizontal inmediato, pero puede valer como criterio (*Mabprinzip*) para juzgar las publicaciones sobre un proceso penal.

³² Confr. Scherer, *Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit*, 1979, p. 133; críticamente Roxin, loc. cit., nota 28, p. 160.

³³ Loc. cit., nota 16, ps. 184 y ss..

en relación especialmente a dos tipos de emisiones televisivas que han tenido gran difusión en toda Europa. Por un lado se trata de las emisiones conocidas como “*llamado de testigos*”, en las que se sugiere, en ciertos casos, a los espectadores colaborar con la policía, aportando sus conocimientos sobre los hechos. Por otro lado se hace referencia a programas conocidos como “*invitación a juzgar*” en los que se reproducen en la pantalla las incidencias de un proceso en curso y al mismo tiempo se invita a los espectadores a juzgar sobre los hechos y la pruebas. La Comisión sostuvo, con acierto, que el primer tipo de emisiones genera “riesgos de desviación difícilmente evitables” y que el segundo “origina una presión grave sobre la instancia de enjuiciamiento”³⁴. En consecuencia, la comisión propuso prohibir la convocatoria televisiva de testigos, si el juez de la investigación no lo considera necesario, así como la incitación a juzgar sobre los hechos de un proceso en curso pronunciándose sobre la culpabilidad de los acusados, la pena o todo otro elemento relevante para la decisión del juez o tribunal de la causa.

Si bien la Comisión sólo se ha referido a emisiones televisivas, es evidente que sus recomendaciones pueden ser extendidas a todas las formas de intervención mediáticas sobre una investigación o proceso en curso.

Hasta ahora no se han encontrado caminos seguros para resolver normativamente todos estos conflictos; sería difícil negar, no obstante, que es una de las cuestiones centrales del proceso penal actual.

V

Las cuestiones planteadas requieren una reflexión profunda. No estamos sólo ante un problema de delimitaciones

³⁴ Loc. cit., nota 16, p. 186.

dogmáticas más o menos plausibles, sino también ante una articulación de intereses decisiva para el modelo de sociedad democrática libre que deseamos para Europa. Una fórmula de equilibrio capaz de satisfacer todos los puntos de vista es difícil de lograr. Sin embargo, es preciso alertar respecto de soluciones emocionales que postulan un desmantelamiento del proceso penal liberal para garantizar una mejor persecución del delito, pues llevadas a sus últimas consecuencias suelen olvidar que la función primordial del Estado es la protección de la libertad. La protección de la libertad poniendo en grave riesgo la libertad es difícilmente compatible con nuestra idea de un Estado democrático de derecho.

*LA CASACIÓN PENAL Y LOS USOS DEL LENGUAJE
O JUSTICIA MATERIAL*

No cabe duda que el recurso de casación por ser la impugnación que quiebra las sentencias de los tribunales de juicio tanto desde el punto de vista de su validez formal como sustancial es la que por excelencia se usa para revertir la situación del condenado. Efectivamente, aunque el recurso de revisión permitiría modificar la situación del penado, con la ventaja de que puede vulnerar la cosa juzgada, el recurso de casación es el instrumento que otorga rápidamente, es decir, inmediatamente después de dados los fundamentos de la sentencia ulterior al debate, la mayor cantidad de estrategias defensivas.

Además legitima subjetivamente a todas las partes, incluyendo al Ministerio Público, como parte en sentido, cuestión ésta discutida por respetada doctrina¹.

También es cierto que las provincias y ahora la Nación que han adoptado el sistema oral de enjuiciamiento, han elaborado las reglas que rigen el recurso de casación sobre las bases, si quiere llamarse "tradicionales" del Código de Procedimiento Penal de Córdoba de la ley 3831².

¹ Sin embargo, paradójicamente, los partidarios de la negación de la legitimación subjetiva para el Ministerio Público y el querellante particular, no la niegan para el actor civil que iría en contra de los intereses civiles de quien normalmente es demandado civil.

² BO, 24/8/39.