

CUESTIONES BÁSICAS DE LA ESTRUCTURA Y REFORMA DEL PROCEDIMIENTO PENAL BAJO UNA PERSPECTIVA GLOBAL*

Bernd Schünemann

I. LA RIVALIDAD ENTRE LOS DISTINTOS MODELOS DE PROCEDIMIENTO: EL PROCEDIMIENTO PENAL CONTINENTAL EUROPEO Y EL ANGLOAMERICANO

1. El Derecho procesal penal de las sociedades industrializadas posee la influencia de dos modelos rivales: el angloamericano y el continental europeo. El procedimiento penal norteamericano representa un mayor desarrollo del procedimiento de partes tomado de la época germánica, en el cual la víctima o su familia acusaba al autor ante los tribunales del rey. Esta estructura de la decisión de un conflicto de partes por un juez imparcial y no participante se ha conservado en los Estados Unidos. Ese modelo, originariamente tomado de Inglaterra, fue desarrollado colocando a la fiscalía como la autoridad profesional de acusación, y posibilitando que el acusador, por un lado, y el acusado y su defensor, por el otro, lleven el procedimiento como partes enfrentadas pero con iguales derechos. Por su parte, el tribunal, que debe decidir sobre la imputación de culpabilidad y que hasta ahora sigue estando constituido por el banco del jurado, participa como espectador del debate procesal y, finalmente, emite la condena o la absolución en función de sus observaciones. En este llamado

* Traducción del texto de MARIANA SACHER, profesora ayudante de la Universidad de Munich, SILVINA BACIGALUPO, profesora titular de la Universidad Autónoma de Madrid y LOURDES BAZA, doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

adversary system, la forma de llevar a cabo la prueba depende de las partes, quienes se encargan de presentar a los testigos y tomarles declaración. La supervisión corre a cargo del juez profesional (*bench*), pero éste no participa personalmente en la decisión sobre la culpabilidad y, en caso de una condena por el jurado (*verdict*), debe fijar finalmente la pena (*sentence*)¹.

De acuerdo con la estructura de un proceso de partes, el acusado puede prescindir completamente de la audiencia sobre la cuestión de la culpabilidad y, con ello, también de la prueba, si desde un principio se declara culpable. Su *guilty plea* (confesión de culpabilidad) sustituye entonces la determinación de su culpabilidad judicial y constituye inmediatamente el fundamento para la determinación de la pena. De esta forma, se ha desarrollado en los Estados Unidos, desde hace unos cien años, un nuevo modelo de procedimiento: el *plea bargaining*. En éste se negocia de antemano entre la fiscalía y la defensa el reconocimiento de culpabilidad del acusado, es decir, que de cierta forma se compra a través del reconocimiento de culpabilidad una considerable reducción de la pena que determina la fiscalía, de manera formal o informal, con el tribunal. Esta práctica se desarrolló hace cien años, en un principio sin la aprobación del legislador o los altos tribunales, y está reconocida legalmente en la actualidad en la mayoría de los estados de Estados Unidos y en los procesos federales. Su constitucionalidad ha sido confirmada expresamente por la *Supreme Court* en una serie de decisiones². Un 90 % de todos los casos son decididos sin juicio oral, sólo a través del *plea bargaining*.

2. El procedimiento penal continental europeo surgió del procedimiento inquisitivo, en el cual el acusado era el único objeto del proceso de instrucción, llevado a cabo por jueces estatales. Este tipo de proceso se desarrolló fundamentalmente, por un lado, a través de una división de tareas entre el tribunal y la fiscalía, creada por primera vez en Francia como la autoridad acusadora, por otro, mediante el reconocimiento a

-
1. Cfr. la exposición de KADISH y SCHULHOFER. *Criminal Law and its Processes*, 5.^a ed., 1989, pp. 1 y ss.; SCHMID. *Das Amerikanische Strafverfahren*, 2.^a ed., 1993, pp. 50 y ss.; SCHUMANN. *Der Handel mit der Gerechtigkeit*, 1.^a ed., 1977, pp. 71 y ss.; LAFAVE e ISRAEL. *Criminal Procedure*, 2.^a ed., 1992, pp. 2 y ss.; JOHNSON. *Criminal Procedure*, 2.^a ed., 1994, pp. 372 y ss.
 2. Detallada exposición en SCHUMANN. *Der Handel mit Gerechtigkeit*, 1977, *passim*; BOND. *Plea Bargaining and Guilty Pleas*, 2.^a ed., New York, 1983; MIR, Mc DONALD y CRAMER. *Plea bargaining in the United States*, Washington, 1978; ALSCHULER. *University of Chicago Law Review*, n.º 97, 1984, pp. 931 y ss.; *id.* *University of Chicago Law Review*, n.º 36, 1968, pp. 50 y ss.; SCHULHOFER. *Haward Law Review*, n.º 97, 1984, pp. 1037 y ss.; DAMASKA. *ZStW*, n.º 93, 1981, pp. 701 y ss.; WEIGEND. *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, Köln, 1990, pp. 34 a 55, críticamente en pp. 55 a 70. Sobre la jurisprudencia norteamericana cfr. las sentencias de la Corte Suprema en los casos Santobello vs. New York, 404 U. S. 157, 260, 92 S.Ct. 495 (1971); Brady vs. United States of America, 397 U. S. 742, 755 (1970). Para la jurisdicción ordinaria del Tribunal Federal se fijan las medidas de la regla 11 c y d de Federal Rules of Criminal Procedure (impresión en Bond –nota 1–, App. B), que concuerdan extensamente con los modelos 14-14 y modelo 14-15 de la American Bar Association Standards for Criminal Justice Relating to Pleas of Guilty (impresión en Bond, App. A). Para Gran Bretaña cfr. ASHWORTH. *The Criminal Process*, Oxford, 1994, pp. 257 y ss. Para Canadá, Law Reform Commission of Canada (comp.), *Plea Discussions and Agreements*, Working Paper n.º 60, 1989.

la defensa de derechos propios. La etapa procesal de juicio oral o audiencia pública se desarrolló formalmente como un procedimiento de partes, pero a diferencia del verdadero procedimiento de partes, en este sistema el juez practica personalmente la prueba en el juicio oral y tiene la responsabilidad de que se realice de un modo correcto y completo. En este procedimiento, el juez tiene encomendada la tarea de buscar, como ocurría también en el antiguo procedimiento inquisitivo, la llamada verdad material y debe impulsar de oficio la acción penal del Estado, una vez que ha sido presentada la acusación, sin que la fiscalía ni el acusado tengan ya ningún tipo de derecho de disposición³. La práctica de la prueba y la decisión recaída en la sentencia, por tanto, no pueden ser reemplazadas por el reconocimiento formal de la culpabilidad del acusado o, dicho de otra manera, tampoco cabe pensar en la instauración de un *plea bargaining*⁴.

También Colombia se ha decidido hace poco (aun cuando se trate, de acuerdo a las informaciones que poseo, de una prueba para algunos partidos judiciales) por la introducción del procedimiento norteamericano de partes⁵. Pero, como espero, esto no hará perder el interés de mi comparación crítica de ambos sistemas procesales para Colombia, ya que me ocuparé justamente de las cuestiones para las que hasta ahora no existen respuestas satisfactorias tampoco en el procedimiento de partes. Esto es, qué garantías deben ser creadas para el *plea bargaining* y para la etapa de instrucción, para poder esperar un resultado justo al menos por regla general.

3. Hasta hace unos pocos años, el sistema continental europeo aún era considerado mayormente como el más moderno. No sólo era el más adecuado para combatir la criminalidad, sino que resultaba compatible con los propios fundamentos normativos de la jurisdicción penal del Estado. El procedimiento norteamericano, por el contrario, se entendía como poco adecuado, especialmente para combatir la criminalidad organizada. Además, la verdad formal por él garantizada no podía asegurar una ejecución material justa del Derecho penal, porque no garantizaba un tratamiento igualitario de autores penales de similar culpabilidad. Por ello, en los Estados Unidos THIBAUT y WALKER llamaron la atención respecto de las mejores garantías en la búsqueda de la verdad del sistema europeo⁶ y ALSCHULER y otros sostuvieron que se consideraba cada vez más desvalorizado el *plea bargaining* como un sistema arbitrario⁷.

-
3. Sobre la estructura del proceso penal alemán cfr. ROXIN. *Strafverfahrensrecht*, pp. 114 y ss., así como sobre el principio de inquisición pp. 93 y s., 358 y s.; SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*, 1990, pp. 80 y ss.
 4. Sin embargo, estas prácticas se llevaban a cabo secretamente, y aún quienes las realizaban estaban conformes con la interpretación unánime por antonomasia, de que el *plea bargaining* es incompatible con la estructura del proceso penal y que no podía ser introducido sin una reforma fundamental de la estructura; cfr. DÜLNNEBIER en LÜTTGER (comp.). *Probleme der Strafprozeßreform*, 1975, pp. 29, 50 y ss.; SCHUMANN. *Der Handel mit Gerechtigkeit* (supra, nota 1), passim.
 5. Al respecto, véase la exposición detallada de JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, t. 1, 5.ª ed., 2004.
 6. THIBAUT y WALKER. *California Law Review*, n.º 66, 1978, pp. 541 y ss.; íd. *Procedural justice*, New York, 1975.
 7. Cfr. ALSCHULER. Ob. cit., (supra, nota 2); íd. *Law and Society Review*, n.º 13, 1978-79, pp. 211 y ss.;

Sobre la base de estas consideraciones, constituye una evolución sorprendente el hecho de que el procedimiento penal continental europeo haya caído en pocos años en una crisis existencial tan profunda, de la que sólo podría sacarla, según la opinión de los legisladores italianos y españoles, así como de los prácticos de la justicia alemana, la adopción del procedimiento penal norteamericano o, al menos, de partes esenciales de éste.

II. LA CRISIS DEL PROCEDIMIENTO PENAL EUROPEO Y SU RUMBO HACIA EL “PLEA BARGAINING” NORTEAMERICANO

1. El Derecho penal y procesal penal de los Estados democráticos de Derecho europeos se encuentra desde hace tres décadas en una constante crisis, cuyas razones de fondo son equivalentes a las que provocaron la sustitución del antiguo proceso inquisitivo por el proceso reformado, originado como consecuencia de la Revolución francesa de 1789⁸. El enorme aumento de la cantidad de comportamientos desviados en la sociedad industrial postmoderna, la rápida expansión de la criminalidad organizada favorecida por la apertura de los límites, como también las enormes exigencias probatorias de la nueva categoría del delito ambiental y económico, han quebrantado por completo los límites de capacidad del proceso penal creado en el siglo XIX. En efecto, ante una criminalidad masiva, el ideal de este procedimiento, de llevar a cabo una prueba amplia y concentrada en un juicio oral y público como base única del pronunciamiento de la sentencia, se puede alcanzar respecto de cada uno de los delitos en particular, pero no así respecto de la enorme cantidad total de delitos en la práctica de los tribunales⁹. En los delitos económicos, la cantidad de material a tratar en cada uno de los casos es tan enorme, que no puede ser presentado en su totalidad en la etapa procesal denominada juicio oral o audiencia pública¹⁰. Además, frente a la criminalidad organizada, el Estado debe recurrir a métodos de investigación de los servicios secretos¹¹, cuyos resultados no pueden ser presentados por completo en

íd. *Yale Law Journal* 84, 1975, pp. 1179 y ss.; íd. *California Law Review*, n.º 69, 1981, pp. 652 y ss.; íd. *Chicago Law Review*, n.º 50, 1983, pp. 931 y ss.; además SCHULHOFER. Ob. cit., (supra, nota 1); íd. *Journal of Legal Studies*, n.º 17, 1988, pp. 43 y ss.; LANGBEIN. *Law and Society Review*, n.º 13, 1978-1979, pp. 261 y ss.

8. Al respecto, Eb. SCHMIDT. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª ed., 1965, pp. 324 y ss.; ROXIN. *Strafverfahrensrecht*, 25.ª ed., 1998, pp. 527 y s.; ACHENBACH. *Festschrift für OLG Oldenburg*, 1989, pp. 177 y ss.; otras referencias en SCHÜNEMANN. *ZStW*, n.º 114, 2002, pp. 1, 4 y ss.
9. Acerca de la cuestión de la sobrecarga cuantitativa del sistema de justicia penal, en detalle, SCHÜNEMANN. *Festschrift für Pfeiffer*, 1988, pp. 461, 463 y ss.; BARTON. *StV*, 1996, p. 690; íd. *Festschrift für Bemmann*, 1997, p. 524.
10. Al respecto, básicamente HERRMANN. *ZStW*, 85, 1973, p. 255; después el dictamen de GRÜNWARD y las ponencias de RÖMER, WALDOWSKI y BRUNS en el 50 Congreso de Juristas Alemanes (DJT) de 1974. En teoría y legislación no se avanzó en lo esencial desde ese entonces, mientras que la práctica resolvió el problema a su manera, estableciendo los acuerdos o conformidades a los que me referiré más adelante.
11. Al respecto, PAEFFGEN. *StV*, 2002, pp. 336 y ss.; íd. *G. A.*, 2003, pp. 647 y ss.; sobre el medio específico de la transmisión de datos e investigaciones previas, de un modo completo WOLTER, SCHENKE, RIESS y ZÖLLER. *Festgabe für Hilger*, 2003.

el juicio oral público sin que los canales de investigación, por ejemplo los agentes encubiertos infiltrados en la organización criminal, sean “quemados” por completo para el futuro, como se dice en la jerga alemana sobre este tema.

2. El que hoy en día hable de una crisis del Estado o de la sociedad industrializada, del Derecho o de la ciencia jurídica, del Derecho penal o, este es mi tema, del procedimiento continental europeo, se expone de antemano a la sospecha de utilizar un giro retórico para dramatizar la cuestión, de lo que se ha abusado durante décadas, degenerando en un lugar común. Pero si consideramos el reciente desarrollo del procedimiento penal alemán como un exponente del procedimiento continental europeo, nos encontramos con que, desde principios de los años 70, se presentan síntomas externos de crisis permanentes. Es decir, asistimos a una discusión sin pausa, en parte jurídico-política, como consecuencia de la cual se han dictado casi 82 leyes de reforma del procedimiento penal en el curso de 30 años¹². Bajo “crisis” entendían los autores de las reformas legislativas del ordenamiento procesal penal, aquellos problemas de practicabilidad generados por el procedimiento establecido en el Código procesal penal alemán (StPO) en la tramitación, ante todo, de procedimientos verdaderamente voluminosos, así como también por la gran afluencia de procesos y la duración de éstos. Claro que esto proviene de la capacidad limitada de resolución que impone un sistema judicial altamente formal, en el que se exige la veracidad por encima de la efectividad y la rapidez. Después de que las ampliaciones legales del principio de oportunidad y las distintas medidas aceleratorias no resultaran suficientes¹³, ni fueran un verdadero alivio, la práctica judicial alemana ha encontrado una solución radical propia. Esta se mantuvo durante muchos años encerrada en torres de silencio y recientemente en los últimos años ha surgido a la luz de la opinión pública. Me refiero con ello a los llamados acuerdos informales o conformidades en el proceso penal, que reducen el alto número de causas, simplifican los problemas de la práctica de la prueba en los procesos muy voluminosos y resuelven la reducida capacidad de la etapa de juicio oral o audiencia pública. De esa manera, han llevado a la justicia a controlar el desarrollo de la criminalidad, especialmente los delitos económicos que se encuentran en constante aumento. Estos acuerdos informales funcionan de forma similar al *plea bargaining* de los Estados Unidos; sin embargo, con una diferencia: en Alemania no contienen

12. De las 82 leyes de reforma que desde 1968 a 1998 fueron aprobadas para el proceso penal se aprobaron 16 en los dos últimos años 1997 y 1998. A modo de comparación: sólo en los años 90 se promulgaron 40 leyes de reforma. El Código procesal penal alemán (StPO) ofrece con esto, claramente, un modelo de ejemplo para la tesis de LUHMANN de la oscura contingencia, esto es, la popularidad de la ley en el ordenamiento jurídico positivo de los Estados modernos pluralistas (referencias en LUHMANN. *Rechtssoziologie*, 2.^a ed., Opladen, 1983, pp. 209 y ss.; íd. *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt 1981, pp. 143 y s.; íd. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt 1993, p. 235, con lo cual se produce un resultado grotesco, ya que a través del flujo de las leyes de reforma no se ha solucionado ningún problema central del proceso penal.

13. Esto muestra que el Congreso de juristas alemanes siempre se ha centrado en el problema de la aceleración del proceso penal, esto es, en 1974 en el tema de los preceptos especiales para procesos de gran escala, en 1978 en el tema de la introducción de un recurso legal único y en 1994 en el tema de la aceleración de la etapa procesal de juicio oral.

acuerdos formales, sino sólo un acuerdo basado en la confianza y, por otro lado, en ellos el acusado no se declara culpable (*guilty plea*), sino que formaliza una confesión que es valorada por el tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad. De una encuesta representativa que realicé personalmente en 1980 entre jueces, fiscales y abogados, resultó que la práctica de los acuerdos se da entre el 25 y el 35% de los casos penales, y que, según un 95% de los jueces y fiscales y un 83% de los abogados, ha dado buenos resultados. Desde entonces no ha habido ninguna encuesta más de semejante amplitud. Sin embargo, con base en informes de la práctica, experiencias propias e investigaciones empíricas¹⁴ limitadas sectorialmente, se puede emitir el juicio general de que, entretanto, los acuerdos sobre el contenido de la sentencia, según el modelo norteamericano del *plea bargaining*, se han introducido en la vida cotidiana de la justicia penal alemana. Ellos muestran una tendencia extensiva, y se practican o se intentan en al menos un 50% de los procesos penales.

3. Lo que en Alemania fue producto de una práctica judicial, ha sido introducido en España y, con mayor habilidad, en Italia por los propios legisladores. La Ley de enjuiciamiento criminal española prevé en su actual texto vigente de la Ley del 28 de diciembre de 1988 la posibilidad, siempre que el fiscal no solicite en su escrito de acusación una petición de pena que supere los seis años de pena privativa de libertad, de la conformidad del abogado y el acusado con la acusación, que puede tener lugar de distintas formas, que aquí no es necesario explicar¹⁵. Cabe suponer que esta declaración, correspondiente en cierta forma al *guilty plea* del procedimiento norteamericano, constituye un acuerdo previo de la acusación y la defensa sobre la pena solicitada por el fiscal. Desde la nueva regulación, existe también la posibilidad de que la fiscalía presente en el juicio oral una acusación atenuada respecto de su acusación originaria, o (si el acusado reconoce realmente la veracidad de la acusación) que el tribunal reconozca una disminución de la pena. De este modo, se ha logrado introducir también en el juicio oral un espacio para el *plea bargaining*. Vale la pena llamar la atención respecto de la circunstancia de que estas posibilidades existen hoy en un procedimiento cuya práctica tenía rasgos inquisitivos y en los que España se basaba rigurosamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en España la investigación se encontraba en manos de los jueces de instrucción, y los resultados de la instrucción, de hecho, eran valorados inmediatamente para dictar sentencia, mientras que la fiscalía sólo disponía de un ámbito de movimientos muy reducido, pues concretamente, carece de facultades para disponer sobre el objeto del proceso.

14. Así, por ejemplo, la investigación de SIOLEK ha mostrado ya en los años 1985 a 1990 en la Sala de Derecho penal económico de la Audiencia Provincial un grupo de sentencias concertadas de entre el 33% y el 75% (SIOLEK. *Verständigung in der Hauptverhandlung*, 1993, pp. 33 y ss.), y las entrevistas de STEMMLER con los jueces de lo penal de Rheinland-Pfalz muestran un porcentaje igual de sentencias concertadas (trabajo doctoral realizado en la Facultad de psicología de la Pennsylvania State University, 1994).

15. Cfr. acerca de esto, con numerosas referencias, el trabajo de BARONA VILAR. *La conformidad en el proceso penal*, en GÓMEZ COLOMER y GONZÁLEZ CUSSAC (comps.). *La reforma de la justicia penal*, 1997, pp. 285 y ss. Sobre las ventajas de la regulación española en comparación con la práctica alemana, cfr. SCHÜNEMANN (supra, nota 3), pp. 153 y ss.

Más profunda resulta la reforma del ordenamiento procesal penal italiano que entró en vigencia el 24 de octubre de 1989. El nuevo Código de Procedimientos renuncia a un proceso que hasta su entrada en vigor era también profundamente inquisitivo. La nueva Ley procesal italiana ha creado un procedimiento de acusación claramente basado en el procedimiento de partes norteamericano. En este marco, ha introducido un sistema de *plea bargaining* que en su concepción particular supera en parte al modelo norteamericano, aunque en su ámbito de aplicación está limitado a la criminalidad baja y mediana. Según esto, la “aplicación de la pena a petición de las partes” alcanza a las penas privativas de libertad de hasta dos años y tanto el fiscal como el acusado pueden solicitar de común acuerdo que el tribunal imponga una pena reducida hasta un tercio respecto de la que concretamente le hubiese correspondido al autor¹⁶. Semejante es también el nuevo Código de Procedimientos polaco.

4. Si se considera esta evolución, no será difícil admitir la idea de que el procedimiento continental europeo desde hace algún tiempo ha entrado en una crisis profunda, de la cual parecería haber salido gracias a la introducción realizada por el legislador y por la práctica judicial del sistema del *plea bargaining* norteamericano. Pero esta impresión es engañosa y yo pretendo elaborar y fundamentar la tesis justamente contraria: el procedimiento penal continental europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable justamente por la adopción del *plea bargaining*, una crisis vital para la estructura de un Estado de Derecho liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlo, por los profesionales que actúan en el proceso.

En mi opinión, no cabe dudar de que los acuerdos (o conformidades informales) constituyen la incisión más profunda en la evolución del proceso penal alemán y europeo desde la Revolución francesa de 1789, y un hacha para las raíces de una tradición centenaria. Dicho de otra manera, se trata de una cuestión que afecta a nuestro concepto del Derecho penal y, con ello, en cierta forma, a la separación fundamental para nuestra sociedad entre el sistema jurídico y el sistema económico.

III. LOS ACUERDOS O CONFORMIDAD COMO CUERPOS EXTRAÑOS EN EL SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO

1. Este juicio negativo puede ser sorprendente a primera vista, ya que los acuerdos parecen ser no sólo una necesidad de descargar a la justicia de la enorme cantidad de procesos y de la elevada duración de los mismos, sino que, además, servirían para sustituir la idea de retribución, en tanto sentido primario y fin de la pena, por un concepto racional de prevención, a través del cual se acentúa la necesidad y la legitimidad de formas de solución basadas en la economía procesal y orientadas al consenso. Pues, mientras que el trato con lo justo que existe en cada acuerdo debería sacudir los fundamentos sagrados de la administración de justicia, ocurre que a primera vista, nada habría de chocante en la administración óptima de las capacidades con el

16. Cfr. en esto la exposición de BUDDE, *ZStW* 102, 1990, pp. 194 y ss.

fin de obtener un resultado sancionatorio máximo dentro del sistema utilitarista del Derecho penal preventivo, sino justamente todo lo contrario, pues, debido al consenso de los participantes, parece posible un fortalecimiento de las normas y de la dinámica de resocialización, es decir, una legitimación que no se puede obtener por medio del proceso penal tradicional.

Existen ventajas objetivas que resultan indiscutibles desde la perspectiva de la economía judicial, y que, incluso, son altamente plausibles desde la perspectiva de la realización de los fines de un Derecho penal moderno preventivo. Junto a estas ventajas se puede constatar, en el ámbito subjetivo de los intereses ligados a los papeles desempeñados por distintos participantes del proceso y, en todo caso, para los profesionales, una utilidad paralela, masiva, múltiple y evidente. Esta utilidad adicional se manifiesta en una enorme disminución de las exigencias técnicas y de la complejidad del trabajo, en el sentido de una reducción del estrés por los conflictos y las frustraciones. La utilidad se manifiesta también en el aumento de las probabilidades de tener éxito profesional, que para los jueces consiste en tener mejores posibilidades de ascenso por el aumento de la cantidad de sus sentencias y la disminución de la cuota de suspensión de juicios, y para los abogados consiste, entre otras cosas, en poder acordar los honorarios en caso de éxito¹⁷.

2. Las utilidades que aparecen a primera vista no pueden ocultar que mediante los acuerdos de partes, en el proceso penal se desnaturaliza completamente la estructura procesal en el Código Procesal Penal alemán (StPO), ya que se carece de casi todas las medidas cautelares necesarias contra su abuso. Por lo demás, se debe señalar que una parte considerable de los acuerdos que hoy son habituales sólo cumplen con los fines de nuestro procedimiento procesal penal de forma aparente; más aún, los comprometen compleja y profundamente.

a. Los acuerdos de partes en Alemania, introducidos en el procedimiento penal vigente sin base legal alguna, vulneran el Derecho procesal vigente. En efecto, ante la falta de poderes de disposición sobre el objeto del proceso, los acuerdos sobre un futuro comportamiento procesal son inadmisibles, inclusive como un acuerdo de caballeros informal. El juez debe actuar según principios jurídicos y no como caballero, o dama, en quien se puede confiar¹⁸.

17. A tal efecto, en particular, SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*, pp. 32 y ss., y 44 y ss.; además, detalladamente, las investigaciones de ALSCHULER sobre los comportamientos norteamericanos (supra, nota 2).

18. Sobre este nivel básico de actuaciones procesales que se admiten en general, cfr. las consideraciones realizadas por SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*, pp. 66 y ss. Es significativo que sólo se haya tratado la discusión mantenida de 1990 a 2000 de esos niveles de la sistemática del comportamiento en el trabajo de FRIEHE. *Der Verzicht auf Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen*, 1997, pp. 313 y ss., y se ha analizado con los mismos resultados negativos, ya que este trabajo no ha tenido en cuenta las opiniones de los manuales ni de los comentarios de la doctrina, cfr. por ejemplo, ROXIN. *Strafverfahrensrecht*, 25.^a ed., 1998, § 15 A II, núm. marg. 6-9 e y § 19 E VI, núm. marg. 73; BEULKE.

b. Pero dejando esto de lado, los acuerdos lesionan también el contenido material de las garantías procesales. Cuando se realizan acuerdos del modo que se hace habitualmente en Alemania, es decir, fuera del juicio oral sin la presencia del acusado ni de los escabinos, o también en forma de charla, se lesionan los principios de publicidad¹⁹, de intermediación²⁰ y de oralidad²¹, la garantía del juez legal²² y la posición de sujeto del proceso del acusado que está garantizada por su derecho a estar presente en él²³. La

Strafprozeßrecht, 4.^a ed., 2000, núm. marg. 394-396; VOLK. *Strafprozeßrecht*, 1.^a ed., 1999, § 30, núm. marg. 1-7; HELLMANN. *Strafprozeßrecht*, 1.^a ed., 1998, IV parte, § 2, núm. marg. 42-51; RANFT. *Strafprozeßrecht*, 2.^a ed., 1995, § 48, núm. marg. 1222-1245. También la Sala Cuarta de lo Penal del Tribunal Supremo Federal ha ignorado totalmente en su sentencia fundamental BGHSt 43, 195 que el comportamiento de los jueces es reglamentado por ley, y que ellos no tienen, como una persona privada, la libertad de celebrar acuerdos sobre su propio comportamiento.

19. El principio de publicidad se ha formulado en Alemania no sólo en el § 169 GVG, sino incluso podría tener rango constitucional como parte del principio del Estado de Derecho conforme a los arts. 20 y 28 de la Constitución. Su lesión se produce porque los convenios se preparan, sin excepción, sin la asistencia del público; cfr. SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*, cit., (supra, nota 3). La opinión del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), de que podría preservarse el principio de publicidad informando el resultado de los convenios en los juicios orales y públicos, es evidentemente errónea. En efecto, para el principio de publicidad bastaría, naturalmente, con que las piezas del proceso que constituyen los fundamentos de la sentencia tuvieran lugar en público y, así, el momento de la preparación del acuerdo, es decir, la comunicación entre los partícipes, sería un objeto del proceso y no el mero resultado que se anticipa ya a la sentencia. En comparación con el procedimiento clásico, el argumento del Tribunal Supremo Federal conduciría a que se practicara el principio de publicidad sólo al hacer pública la sentencia. Frente a ello, sin embargo, se permitiría desarrollar un proceso secreto. Que esto es inconstitucional, no necesita más demostración.
20. Porque de acuerdo con el principio de intermediación, todas las cuestiones tienen que ser la materia del juicio oral sobre el que se funde directamente la sentencia. Y estas cuestiones son, en un proceso penal que concluye por convenios, por un lado, los expedientes de la etapa de instrucción y, por otro lado, las declaraciones de la defensa en la comunicación que tiene lugar entre los partícipes del acuerdo (sobre esto, SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*, supra, nota 3). Por el contrario, el simple acuerdo como producto del proceso que tiene lugar fuera del juicio oral no es, en un sentido material, la base de la sentencia, sino que se anticipa ya a la sentencia. Por eso, no es más que la notificación de la sentencia que nunca puede ser base o fundamento de ella.
21. Cfr. SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren* (supra, nota 3). Los principios de oralidad y publicidad se mencionan normalmente en forma conjunta, porque la oralidad es condición para la posibilidad de la publicidad. Ciertamente, el principio de oralidad supera al principio de publicidad cuando garantiza al procesado alegar oralmente todos los acontecimientos que puedan ser relevantes para la sentencia del juicio oral, y, en consecuencia, poder dar por completo sus explicaciones. De este modo, el principio de oralidad es también una condición para la posición del procesado como sujeto del proceso.
22. De esto resulta que en Alemania los jueces legos nunca tomarán parte en la comunicación llevada a cabo en la reunión preparatoria de los convenios (SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*—supra, nota 3—, pp. 89 a 119; pero el Tribunal Supremo Federal sí lo reclama, cfr. BGHSt 43, 195, 206). No obstante, si los jueces legos son excluidos de la etapa procesal que crea la sentencia, entonces no se produce delante del juez, como le garantiza la Constitución en Alemania (art. 101 G. G.).
23. De acuerdo con el resultado de mi encuesta representativa, los procesados nunca toman parte en la comunicación que tiene lugar en la reunión preparatoria de los acuerdos (SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*—supra, nota 3—, p. 89). Esta práctica ha sido también admitida expresamente en la decisión fundamental de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo Federal alemán BGHSt 43, 195, 206. De este modo el procesado pierde, en el fondo, una posición como sujeto del proceso, esto es, como una persona que participa con sus propias fuerzas en las actuaciones decisivas para el proceso. Efectivamente, la comunicación preparatoria de los convenios se llevará a cabo sin la presencia del procesado,

presunción de inocencia recogida por la Convención de Derechos Humanos también se lesiona a través de toda iniciativa del juez dirigida a obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral²⁴, así como por cualquier decisión condenatoria tomada sobre la base de una magra confesión contenida en el acta²⁵. Lo mismo rige para los métodos interrogatorios prohibidos en el § 136 a del Código Procesal penal alemán (StPO), que proscribe la utilización de amenazas con medios legalmente inadmisibles como la promesa de ventajas legalmente no previstas. En efecto, el mencionado § 136 a ha extendido acertadamente la garantía constitucional de no declarar contra sí mismo, también a la promesa de ventajas, pues éstas tienen como reverso una amenaza concluyente de la desventaja en caso de rebeldía y, de esta manera, constituye una forma de coaccionar a la confesión²⁶.

c. Quiero dejar fuera de consideración ahora otras zonas de conflicto para concentrarme en el principio central y fundamental de un procedimiento penal continental europeo: la verdad material y el deber judicial de esclarecimiento de los hechos. Los acuerdos, precisamente por su utilidad práctica, es decir, la de acortar el proceso, se encuentran necesariamente en un conflicto con tales principios fundamentales. Dado que la instrucción, según la estructura básica de la Ley procesal penal sólo tiene una función puramente preparatoria, la prueba del hecho se debe agotar y producir íntegramente en el juicio oral. Pero el valor práctico de los acuerdos de partes consiste precisamente y tiene que consistir en una reducción esencial de la duración del proceso que tal procedimiento exige y que, en los grandes procesos resulta extraordinariamente difícil de lograr. Por tanto, tales acuerdos resultarían ser un reconocimiento del contenido de la instrucción manifestado en forma de una confesión que vendría a reemplazar la celebración del juicio. Ello ha conducido en la actualidad a la técnica de la confesión escrita, leída por el abogado como si fuera una nota diplomática o, al menos, perfeccionada por éste antes de ser prestada por el inculcado, y con frecuencia modelada con el presidente del tribunal en conversaciones internas. Es evidente que una declaración tal, que no es otra cosa que exactamente un *guilty plea* negociado, no puede significar de ninguna manera una prueba concluyente de la existencia de un determinado supuesto de hecho. Un auténtico cumplimiento del deber judicial de esclarecimiento de los hechos sólo podría considerarse cumplido, en mi opinión, con una confesión cualificada. Esta confesión presupone que el tribunal debe comprobar con todos los medios, el contenido verdadero de la confesión, con lo que la finalidad del acuerdo de partes, que es precisamente, como se dijo, una canalización consensuada de la materia del proceso, resulta necesariamente frustrada.

con lo cual su defensor se coloca en su lugar y la comunicación de los actores profesionales trata al procesado ausente como un mero objeto. También este argumento, que ha sido aducido a menudo por la crítica, es ignorado, sin embargo, por los apologistas de los convenios.

24. Sobre esto, SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*, pp. 93 y ss.; FRIEHE. *Verzicht*, pp. 354 y ss.

25. Cfr. SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*, pp. 80 y ss.; FRIEHE. *Verzicht*, pp. 347 y ss.

26. A tal efecto, en particular, SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*, pp. 98 y ss.; FRIEHE. pp. 378 y ss.

Por ello, las confesiones magras, que son típicas consecuencias de los acuerdos, no significan una confusión adicional de la práctica, sino una consecuencia necesaria de la lógica interna de un procedimiento penal basado en acuerdos. Ellas ponen en evidencia la sustitución de la obligación de esclarecimiento judicial de los hechos, es decir, la sustitución de la práctica completa de la prueba en el juicio oral, por la aceptación del resultado de la instrucción por el imputado²⁷.

3. Sólo me puedo referir aquí muy brevemente a la evidente ausencia de las cautelas procesales en materia de acuerdo de partes. Mencionaré en primer lugar la falta de las garantías jurídicas para el imputado que ofrece su confesión previa. En segundo lugar, la incapacitación del imputado, que en Alemania es excluido de la celebración del acuerdo entre la justicia y la defensa, y sólo recibe información a través de su defensa y según el arbitrio de ésta, es decir, el acusado se convierte meramente en un objeto del procedimiento. En tercer lugar, del origen mismo de los acuerdos informales, temerosos de la luz de la opinión pública, y de la necesidad de expresar la voluntad no articulada de las partes de vincularse jurídicamente mediante un código de giros, surge un argot, que bajo una apariencia superficial de inocencia permite ejercer las más brutales coacciones sin el menor peligro de sanción. Así, un inculpado, completamente agotado por la prisión provisional, puede ser forzado a confesar, en contra de sus afirmaciones de inocencia no desvirtuadas, acaso con una inculpación mayor que algunos de los coinculpados. También puede ocurrir que la defensa amenace con un testigo irrelevante, pero que según el § 244, 3 del Código Procesal Penal alemán (StPO) no puede ser rechazado, para imponer una suspensión adicional de la pena, que de todos modos no resultaría discutible desde el punto de vista del reproche de culpabilidad.

Como lo enseña la psicología del juego de la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero esto debido a su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica. Por tanto, los acuerdos transforman al proceso penal, concebido hasta ahora como un conflicto de valores decidido por el juez como un tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos²⁸, lo que conduce en la mayoría de los procesos al triunfo

27. El Tribunal Supremo Federal alemán, en sus sentencias BGHSt 43, 195 y ss., ha abordado este punto de vista central sólo en la p. 204 con las siguientes palabras: "Un acuerdo no puede conducir a que, para declarar sin más la culpabilidad, se tome como base la confesión realizada con motivo de un acuerdo, sin que el Tribunal se convenza de su veracidad. La confesión tiene que ser comprobada en su credibilidad; a tal efecto, no se puede omitir la realización de las pruebas que sean necesarias". La comprobación no se verifica, sin embargo, ni en el juicio oral ni a través del juicio oral, sino exclusivamente con motivo de los expedientes, así que el Tribunal Supremo Federal, en realidad, no puede negar que el contenido de las actas, formalmente aceptado por el procesado, es el fundamento del juicio y no propiamente una práctica de prueba en el juicio oral. Esto ha sido expuesto en la bibliografía con toda minuciosidad (SCHÜNEMANN. *Absprachen im Strafverfahren*, pp. 110 y ss.; RÖNNAU. *Die Absprache im Strafprozess*, 1990, pp. 94 y ss.), sin embargo, la Sala Cuarta de lo Penal del Tribunal Supremo Federal o bien no lo ha entendido o bien lo ha ignorado conscientemente (acertada la crítica de RÖNNAU. *Wistra*, 1998, pp. 49, 53; WEIGEND, *NSiZ*, 1999, pp. 57, 62).

28. Esta transformación fundamental que conduce a la sustitución del Estado de Derecho por el poder de

de las autoridades judiciales por la alianza normativa, llevada en algunos casos, como por ejemplo, los de delitos económicos a concesiones en favor de la defensa que resultan grotescas, y además insostenibles desde el punto de vista de la justicia y del tratamiento igualitario. Si la hipocresía verbal todavía no ha cubierto totalmente la coacción mediante el uso infundado del poder y el arbitrio ilimitado que se expresa en los acuerdos informales, tal como ocurre en ciertos ámbitos del *plea bargaining* en los Estados Unidos, es gracias a los restos de nuestra tradición liberal del Estado de Derecho en materia procesal y no por una armonía ficticia de las negociaciones que tienen lugar fuera del ámbito del Derecho.

En cuarto lugar, quiero llamar la atención sobre la apoteosis de la instrucción, que florece disimuladamente a través de la práctica de los acuerdos, es decir, la renuncia al juicio oral y la condena basada solamente en el reconocimiento, parcial o total, por parte del acusado, del contenido de la instrucción. Desde un punto de vista dogmático nos encontramos aquí con una inversión de todos los valores, en los que se basa toda la práctica procesal continental europea. A un resultado aún más sorprendente nos conduce una visión histórica-jurídica. En efecto, se trata de la apoteosis del procedimiento de instrucción, en la que la posición tan débil del acusado nos reconduce al procedimiento inquisitivo, contra el que se introdujo en el siglo XIX el bastión del juicio oral como centro del procedimiento penal. Y no resulta menos grave desde el punto de vista de la psicología de la percepción y de la teoría de la información, porque el juicio oral corporiza, por su estructura contradictoria, recursos para hallar la verdad, que desaparecen en un procedimiento regido por acuerdos. Como es sabido, en la instrucción se refleja una imagen selectiva del hecho, constituida esencialmente por la actividad instructoria de la policía y según determinadas hipótesis de sospecha. Estas no pueden conducir a la determinación de la verdad material sin una verificación crítica a la luz de los hechos que presenta el acusado, visión que suele aparecer precisamente en el juicio oral²⁹.

las negociaciones ha sido objeto teórico de mis reflexiones en *Absprachen im Strafverfahren*, pp. 47 a 65, sin embargo, esto no ha sido tomado en cuenta en la discusión alcanzada hasta ahora, aunque de acuerdo con los principios fundamentales de nuestra Constitución, propia de un Estado de Derecho, habría que rechazar esta transformación. Evidentemente, apenas se puede esperar de la jurisprudencia una valoración adecuada de esa dimensión, ya que está completamente hipnotizada por las necesidades cotidianas y por los procesos rápidos y sin problemas.

29. En mi análisis psicológico sobre la asimilación de información en el proceso penal he justificado el efecto perseverancia (*Perseveranzeffekt*, el que, aplicado a la posición y función del juez, significa que el juez se ha formado una opinión a través de la lectura del expediente de la instrucción y se mantendrá en esa postura, buscando la confirmación) y el efecto de influencia de las conclusiones del fiscal sobre el juez (*Schulterschlußeffekt*) que se incorporan al juez con el conocimiento de las diligencias en el comienzo y en el juicio oral, y que conduce a que se mantenga como veraz una descripción parcial selectiva (SCHÜNEMANN. *StV*, 2000, pp. 159 y ss.). Porque en los acuerdos, como ya expuse arriba, el resultado de las investigaciones policiales con ayuda de la confesión del procesado se toma más o menos como fundamento directo de la sentencia; con ello se pierde toda oportunidad de compensar y neutralizar el efecto perseverancia (*Perseveranzeffekt*) con una verdadera confrontación de pruebas en el juicio oral. Cfr., además, la elaboración de las aportaciones apologistas en SCHÜNEMANN. *StV*, 1993, pp. 657 y ss. Sobre el efecto de la influencia en el juez (*Superschulterschluß*) que producen los acuerdos, cfr. SCHÜNEMANN. *Festschrift für Baumann*, 1992, pp. 361 a 374.

4. Por ello, la actual práctica de los acuerdos se encuentra no sólo en conflicto con el Derecho procesal penal alemán vigente, sino que también muestra la ausencia de las cautelas esenciales, que el proceso penal continental ha desarrollado en su modelo para asegurar la corrección de los resultados. Todo ello es también válido respecto de la práctica de la conformidad o los acuerdos, introducida legalmente en el procedimiento penal en España e Italia, donde no se crearon –al menos hasta donde yo lo puedo apreciar– nuevas cautelas adecuadas a este tipo de procedimiento para garantizar un juicio veraz y justo.

IV. LA INCOMPATIBILIDAD CON LOS FINES PROCESALES

1. Finalmente, es preciso poner de manifiesto la falta de concordancia de los acuerdos procesales con los fines penales. En primer lugar, porque con ellos no se garantiza un consenso, sino sólo un compromiso, al cual la parte más débil debe adherirse, por necesidad, al punto de vista de la parte más fuerte. En segundo lugar, es imposible afirmar la hipótesis improbable, e incluso muy dudosa, según la cual la suma total de estos compromisos coincidirían con los resultados totales de un procedimiento que busca la verdad material; pero la justicia del caso particular se queda per definitionem en el camino. Lo mismo ocurre con la irrenunciable función de legitimación de la idea de culpabilidad, con lo que se perdería en definitiva la sustancia moral del Derecho penal. En tercer lugar, se reconoce un enorme influjo atenuante a la pena producto de las capitulaciones procesales del acusado o, por lo menos, así se lo afirma. Consecuencia de esto es que, en tales casos, ya no es posible hablar de una determinación seria de la pena. Naturalmente, la culpabilidad por el hecho, decisiva para la determinación de la pena, sólo puede modificarse dentro de límites muy modestos a través de los sucesos posteriores a la realización de la acción, pues éstos sólo pueden tener una significación indiciaria. Aun cuando se tomara distancia de la pena basada en la culpabilidad y se quisiera otorgar primacía en la determinación de la misma a la idea de prevención, tampoco se llegaría a buen fin por medio de los acuerdos procesales. Desde el punto de vista de la prevención especial, la atenuación convenida de la pena no resultaría adecuada, pues el condenado no tomaría en serio la sentencia producto del acuerdo, pues se sentiría únicamente como la parte más débil de un negocio transaccional. El arrepentimiento y la comprensión de la propia culpabilidad como motores de la autoresocialización no pueden fundar una atenuación de la pena en cuanto provienen de un acuerdo que, si no indica lo contrario, inclusive puede contradecirlo. Y tampoco la determinación de la pena basada en la prevención general podría conducir a otros resultados, ni siquiera reduciéndola a su concepción más moderna, la llamada prevención general integradora, es decir, la que halla el fin fundamental de la pena en la reparación simbólica del orden jurídico mediante la sanción de lesiones insuportables de bienes jurídicos. En primer lugar, hay que señalar que el mero reconocimiento del hecho no constituye un fundamento suficiente para la determinación de la pena, como lo demuestra la carta de confesión de un grupo terrorista que se atribuye la comisión de un determinado hecho. Por otra parte, el sometimiento a una norma, y a la sentencia que en ella se fundamenta, sólo dará lugar a un efecto reafirmador de la norma, que

podría justificar una atenuación de la pena, cuando dicho sometimiento tiene lugar en forma incondicionada. Por el contrario, el sometimiento que es consecuencia de una negociación sólo certifica la fuerza de la coacción estatal, pero poco dice sobre la inquebrantabilidad del Derecho, razón por la cual no puede legitimar una atenuación de la pena. Por último, la crítica más seria contra los premios penales motivados en la prevención general, y que reconocen su fundamento en acuerdos procesales, surge de la siguiente reflexión: la prevención general integradora se tiene que mover, de todos modos, en el ámbito de la prevención general intimidante, dado que de lo contrario no se estaría sancionando el hecho punible del autor, sino su comportamiento procesal³⁰. La determinación de la pena, como último nivel de la imposición de la norma, debe poner al autor, hipotéticamente, en el momento anterior a la comisión del hecho, y ello demuestra con evidencia que la amenaza de una pena esencialmente atenuada, para el caso de estar dispuesto a confesar para reducir la duración del proceso penal, sepulta tanto la seriedad de la norma como el respeto de los ciudadanos frente a tales prácticas.

2. Por tanto, no existe una legitimación suficiente para una drástica disminución de la pena en los casos de acuerdos procesales relativos al contenido de una sentencia. Esta valoración negativa tampoco puede ser debilitada, sosteniendo que se procede de acuerdo con la práctica usual norteamericana, según la cual la atenuación de la pena, salvo en determinados casos excepcionales, igualmente sólo sería aparente, dado que, en realidad, la pena que se toma en cuenta para un acuerdo es siempre la pena promedio aplicable. Resulta indudable que mediante el engaño institucionalizado al acusado sobre la verdadera situación no es posible reparar la justicia, sino todo lo contrario³¹.

V. LA NECESIDAD DE MEJORES GARANTÍAS PARA LA VERDAD Y LA JUSTICIA EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

1. La introducción del *plea bargaining* norteamericano en el proceso penal continental europeo sólo ha permitido superar su crisis de una manera hipócrita; aún más, la ha profundizado transformando la búsqueda de la verdad material en un *catch as catch*

30. A tal efecto, fundamental SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN, HIRSCH y JAREBORG (comps.). *Positive Generalprävention*, 1998, pp. 109 y ss.; también, en una breve y clara interpretación, SILVA SÁNCHEZ (comp.). *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, pp. 89 y ss.

31. Desgraciadamente, falta hasta hoy una investigación empírica sobre los efectos de los convenios en la gradación de la pena. Estoy convencido que se destacarán simultáneamente dos tipos de consecuencias, ambas de la misma manera inaceptables: en muchos casos es ficticia la atenuación penal prometida, porque el juez ha elevado artificialmente –como en un bazar de alfombras orientales– el precio reclamado (la pena amenazante), para lograr acto seguido el resultado que secretamente ha pretendido como efecto final; en el segundo grupo de casos, que supuestamente encuentra un ámbito de aplicación enorme, sobre todo en el Derecho penal económico y ambiental, se comercia con rebajas al amparo del principio de arbitrariedad, completamente indefendibles en la vía de los acuerdos, que minan el efecto preventivo general de la norma jurídico penal.

can (“toma lo que puedas”). ¿Existe aún una escapatoria de este callejón sin salida de la justicia? ¿O hay que resignarse con que el sueño del siglo XIX de crear un procedimiento penal justo ha sido una ilusión y con que el procedimiento penal del siglo XXI se ha rebajado nuevamente al nivel que, en opinión de los críticos marxistas, ha de ser característico de todo el Derecho? Es decir, al nivel de representar un mero instrumento de poder en manos de la clase dominante para someter a las clases inferiores. La clave para responder esta pregunta sólo puede hallarse en la configuración que se le dé a la instrucción. En efecto, el juicio oral tradicional europeo con sus principios de publicidad, oralidad e intermediación de la producción de la prueba es demasiado lento y pesado para constituir, en cada caso de millones de comportamientos desviados, el presupuesto irrenunciable para una condena. Sin embargo, por otro lado, el *plea bargaining* norteamericano no contiene garantías para la verdad y la justicia. En consecuencia, estas garantías sólo pueden ser establecidas, evidentemente, en aquella parte del procedimiento penal total en la que aún no tiene lugar un *plea bargaining*. Y esta es, en efecto, la primera etapa del procedimiento penal, denominada instrucción. A raíz de la sobrecarga que posee la etapa de juicio oral tradicional –lo que ya he mencionado al comienzo– se ha reforzado y ampliado inevitablemente la significación y función de la etapa de instrucción, independientemente de si el dominio sobre esa fase del proceso se encuentra ejercido por la policía, como en Inglaterra, por la fiscalía, como en Alemania, o por el juez de instrucción, como en España³². Con el desarrollo de la práctica de las conformidades o acuerdos procesales, se llega provisionalmente al último punto crucial de esta pérdida de función de la etapa de juicio oral y de colocación de la etapa de instrucción en un primer plano, pues los expedientes sumariales son los que constituyen la base para las negociaciones de las partes procesales sobre el contenido de la sentencia. Entonces, en caso de conformidad o acuerdo, está en definitiva a cargo de la etapa procesal de instrucción, la función de garantizar que la sentencia respete los principios de verdad y justicia, lo que en realidad es propio de la etapa de juicio oral en el proceso penal tradicional.

Por eso, todas las cautelas necesarias que no son ofrecidas por el *plea bargaining* deben ser incorporadas en la etapa procesal de instrucción y, para eso, debe observarse que un *plea bargaining* que sustituya la etapa procesal de juicio oral conduzca a un resultado justo, que corresponda a la verdad. La clave de este proceso sería la inversión del orden en el que se fijan las obligaciones asumidas, de tal manera que el tribunal establezca una pena que el acusado pueda recurrir y además una instrucción contradictoria y balanceada que permita hablar de una búsqueda de la verdad material

32. Acerca de la inercia de las investigaciones judiciales previas en los mencionados países véase STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC. *Procédure pénale*, 18.ª ed., 2001, pp. 417 y ss., 564 y ss.; §§ 91 y ss. *öStPO* 1975 (BGBl núm. 631) en la versión de la “Diversionsnovelle” de 1999 (BGBl núm. 55); para España artículo 14, ap. 1 y 2, 19, ap. 2, 326 y ss. de la Ley de enjuiciamiento criminal en la versión de la Ley orgánica 8.ª de 2002 y de la Ley 38 de 2002 del 24 de octubre, BOE, núm. 258 del 28 de octubre de 2002. Acerca del dominio de la etapa procesal de instrucción en Inglaterra mediante la policía, véase el Police and Criminal Evidence Act de 1984 (PACE) y, al respecto, ASHWORTH. *The criminal process*, 1994, pp. 4 y ss., 137 y ss., y 159 y ss.

dentro del marco de un resultado negociado del proceso en el que se hayan observado todas las garantías propias de la instrucción.

2. Por consiguiente, para el futuro, es decisivo mejorar básicamente las garantías para la verdad y la justicia desde la etapa de instrucción, pues, aun cuando constituye una ilusión creer que la etapa procesal de juicio oral tradicional sea un instrumento apropiado para la lucha contra todas las categorías del delito en la sociedad industrial postmoderna, sincronizada progresivamente en la globalización³³, sería con mayor razón, una ilusión más grande y equivocada, querer trasladar sencillamente las funciones de la etapa procesal de juicio, oral que no pueden ser cumplidas, a la etapa de instrucción tradicional, ya que ésta es aún menos apropiada para ello puesto que esta etapa no está concebida en ninguna Ley procesal penal, en el sentido de que conduzca a comprobaciones inequívocas, con pretensión de verdad material sobre el delito. Más bien posibilitaría una exposición rápida y sin complicaciones de las probabilidades que posee solamente la sospecha de delito. Esto surge de la estructura inquisitiva, que en el fondo es en todas partes igual. Esta estructura representa un instrumento contundente para efectuar una inculpación, pero no para la averiguación definitiva de la verdad, ya que la etapa de instrucción actual es la copia fiel del proceso inquisitivo que dominó hasta el 1800 en el continente europeo y luego fue suprimido por sus graves defectos. En ella una única instancia, ya sea la policía, la fiscalía o el juez de instrucción, en un proceso en gran parte secreto, intenta reunir la prueba contra los sospechosos del hecho, lo que debe quedar siempre en una hipótesis unilateral, en tanto que no haya pasado por el control del imputado y su defensor, y de este modo superado la “prueba de fuego de la situación crítica”. En efecto, lo que ha sido reconocido intuitivamente por los grandes teóricos del proceso penal en el siglo XIX, y realizado en el “principio adversario” (*adversary principle*) del proceso penal angloamericano³⁴, puede ser actualmente explicado en un marco de referencia psicológico y comprobado con experimentos, esto es, el denominado mecanismo de la propia confirmación de hipótesis o “efecto de la inercia”. De acuerdo con este mecanismo, al realizar actos de investigación, la hipótesis de partida conduce automáticamente a una distorsión de la valoración de la prueba en dirección a esa hipótesis, de modo que investigaciones unilaterales, secretas y sin control del adversario no conducen en principio a una averiguación de la verdad a reconocer por todos, sino sólo a un perfil incriminatorio caracterizado por su parcialidad conforme a la hipótesis³⁵.

33. Más detalladamente SCHÜNEMANN, G. A., 2003, pp. 299 y ss.

34. Sobre el debate en el siglo XIX, en detalle, HERRMANN, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, 1971, pp. 55 y ss., y 361 y ss.; en general sobre el *adversary system* KAMISAR, LAFAVE e ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, 7.^a ed., 1990, pp. 1048 y ss.; respecto de la etapa de juicio oral, *ibíd.*, pp. 1358 y ss.; LANDSMAN, *The Adversary System*, 1984; sobre la oposición entre sistema inquisitivo y “adversario”, desde una perspectiva social-psicológica, THIBAUT y WALKER, *Procedural Justice*, 1975.

35. Al respecto, con ulteriores referencias, SCHÜNEMANN, en BIERBRAUER, GOTTWALD y BIRNBREIER-STHALBERGER (comps.), *Verfahrensgerechtigkeit*, 1995, pp. 215 y ss.; *íd.* y BANDILLA, en WEGENER, LÖSEL y HAISCH (comps.), *Criminal Behaviour and the Justice System*, New York entre otras, 1989, pp. 181 y ss.; *íd.*, *StV*, 2000, pp. 159 y ss.

De esto se desprende necesariamente que en la etapa procesal de instrucción, para poder compensar las falencias actuales de la etapa de juicio oral, tiene que ocurrir una transformación esencial, centrada en un reforzamiento de los derechos de participación de la defensa, como es propuesto actualmente por la opinión dominante. Pero esa transformación conduce inevitablemente a una antinomia que aún no ha sido considerada por las opiniones vertidas hasta ahora en el debate sobre la reforma con la debida claridad³⁶. Permítanme intentar poner claramente de relieve estas antinomias inminentes.

VI. ¿INSTRUCCIÓN PARTICIPATORIA O CONTRADICTORIA?

1. En el debate alemán sobre la reforma se habla de la instrucción con posibilidades de participación como algo que todo lo pudiera resolver. Con ello se hace referencia a que el derecho de la defensa de participar en el juicio oral (como requisito indispensable de la averiguación material de la verdad) debe ser garantizado lo más posible ya en la etapa procesal de instrucción. Según esta idea, el defensor debe poder tomar parte con la mayor anterioridad posible en las declaraciones testimoniales en la etapa de instrucción, con lo que los abogados esperan tener mayores posibilidades de poseer una participación activa esta etapa procesal³⁷. Por el contrario, el Ministerio de justicia ve en ello más bien un sistema para evitar la repetición de la toma de declaraciones en el juicio oral, pues las actas de las declaraciones que han sido redactadas en presencia de la defensa (lo que implica el reconocimiento de su posición jurídica procesal), deben poder ser leídas en el juicio oral, o mostradas en caso de que se trate de filmaciones³⁸. Ambas perspectivas son, empero, demasiado unilaterales y conducen, aún de formas diferentes, a consecuencias antinómicas.

a. Así, el Ministerio de Justicia alemán quiere reforzar los derechos de la defensa en la etapa de instrucción para que ésta pueda estar “inmersa” de una forma más efectiva en los fines de la investigación y para abreviar el juicio oral, sobre todo a través de evitar, especialmente en interés del lesionado, el gran estrés psíquico que le implica volver a declarar en el juicio oral³⁹. Al mejorar la posición jurídica del imputado y su defensor en la instrucción, debe asumirse que ello se hace en desmedro de su posición en el juicio oral. Al perder la etapa procesal de juicio oral o audiencia pública sus funciones en la realidad jurídica, ocurrirá su “desmontaje” jurídico, quitándosele la tarea de la verdadera práctica de la prueba y de este modo extrayéndosele su contenido central.

36. “Beschuß der Bundesregierung”, 6.4.2001, *StV*, 2001, 314 y ss.; *Alternativ-Entwurf zur Reform des Ermittlungsverfahrens* (AE-EV), 2001; por lo demás cfr., de la inmensa bibliografía de los últimos años, BEULKE, *Festschrift für Rieß*, 2002, pp. 3 y ss.; SALDITT, *StV*, 2001, pp. 311 y ss.; SCHÜNEMANN, *ZStW* 114, 2002, pp. 1, 29 y ss.; SCHÜNEMANN, en *Strafverteidigervereinigungen* (comp.), *Öffentlicher Strafanspruch zwischen Legalitätsprinzip und Opferinteresse*, 2003, pp. 267 y ss.

37. Toma de posición del DAV, AnBl. 2001, 30 y ss.; IGNOR y MATT, *StV*, 2002, pp. 102 y ss.

38. Tan claramente los “datos orientativos”, *StV*, 2001, pp. 315 y 316; DÄUBLER y GMELIN, *StV*, 2001, pp. 359 a 361.

39. Así, literalmente, *StV*, 2001, p. 314.

Si se analizan los planes del Ministerio de justicia alemán, los puntos débiles de la actual etapa de juicio oral no serán compensados por una mejora de la averiguación de la verdad en la etapa de instrucción. Más bien tendrá que vaciarse el juicio oral en su posición de lugar central para la averiguación de la verdad y se colocará en su lugar la etapa de instrucción. Pero esto constituye una sobrecarga de la capacidad de rendimiento de la instrucción.

Como ya he mencionado, la averiguación de la verdad no se puede lograr mediante una actividad unilateral del órgano de instrucción, sino sólo con el control permanente de la parte contraria. Por ejemplo, numerosas investigaciones empíricas han demostrado que el acta de declaración testimonial no reproduce inalteradamente el verdadero conocimiento del testigo como si fuera una fotografía, sino que se trata de un producto de interpretación, en cuyo contenido participa quien interroga, en la misma medida que quien declara⁴⁰. Por eso, extender un acta de declaración sin la participación efectiva y crítica de la defensa, puede ser útil como base para ulteriores investigaciones y para la posterior acusación, pero sigue siendo insuficiente para una prueba completa de la verdad. Si se busca no sólo fundar una sospecha en la instrucción, sino encontrar la verdad material, todas las declaraciones deberían ser tomadas en presencia del inculpado y de la defensa, otorgándole la posibilidad de participar. Pero esto destruiría, por un lado, la finalidad tradicional de fundar una sospecha y, por otro lado, con todo no podría igualar a las garantías de averiguación de la verdad del juicio oral. Pues, quien realiza las investigaciones, ya sea el fiscal o el juez de instrucción, para examinar eficazmente la sospecha que existe contra un inculpado (que conforme a la naturaleza de la persecución penal impondrá todos los obstáculos posibles), necesita un espacio libre para la investigación secreta y sin intervenciones, que dependa de su poder discrecional. Por eso, una etapa procesal de instrucción que posibilitara la participación destruiría justamente la verdadera instrucción, contra lo cual las autoridades de investigación seguramente reaccionarían retrotrayendo sus investigaciones secretas a un momento aún anterior, duplicando casi de esta manera la etapa procesal de instrucción. Si el legislador también quisiera prohibir esto, destruiría completamente la instrucción tradicional con su finalidad de aclarar la sospecha y no habría resuelto, por así decirlo, los problemas actuales del proceso penal, sino justamente de un modo contrario habría potenciado, en cierto modo, la agonía del juicio oral mediante una agonía adicional de la instrucción. Pues, justamente en el estadio previo de una instrucción con posibilidad de participar, el imputado tendría todas las posibilidades de hacer uso de sus derechos de participar no para averiguar la verdad, sino para impedir esa averiguación. Sería absolutamente impracticable si

40. Al respecto, BANSCHERUS. *Polizeiliche Vernehmung, Formen, Verhalten, Protokollierung*, 1977, pp. 207 y ss.; SCHMITZ. *Tatgeschehen, Zeugen und Polizei*, 1978, pp. 189 y ss.; íd, en KUBE et ál (comps.). *Wissenschaftliche Kriminalistik*, 1983, pp. 353 a 356; GUNDLACH. *Die Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren*, 1984; WULF. *Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung*, tesis doctoral presentada en Heidelberg; EISENBERG. *Kriminologie*, 5.^a ed., 2000, pp. 302 y ss.

para cada medida de participación del imputado se tuviera que debatir acerca de si se trata de una medida de control necesaria para la averiguación de la verdad o de un intento para oscurecer el supuesto de hecho.

b. Por eso, si se quiso dejar a discreción de quien dirige las investigaciones la cuestión acerca de si practica la prueba de un modo secreto, o si posibilita que la defensa participe, una participación meramente parcial de la defensa sería, a su vez, absolutamente inapropiada como instrumento para la averiguación material de la verdad. Pues, todos los medios de prueba son, en definitiva, interdependientes, de modo que un defensor que sólo conoce una parte de la práctica de la prueba no puede participar adecuadamente sólo en esa parte. A ello se agrega que una participación completa en las diligencias de investigación de la instrucción que requieren mucho tiempo, no puede ser costeadada por la mayor parte de los imputados, de modo que aún con una ampliación de los derechos a participación no se modificaría en nada la realidad jurídica actual, caracterizada por la extremadamente escasa intensidad de la defensa en la etapa procesal de instrucción⁴¹. Por eso, aún con una instrucción que posibilitara la participación, no sería posible trasladar de un modo efectivo las garantías para la averiguación de la verdad desarrolladas en el juicio oral tradicional a la etapa procesal de instrucción. De ahí que un vaciamiento de la etapa de juicio oral efectuado con la idea de mejorar los derechos de la defensa en la instrucción, conduciría en general a un deterioro esencial de las garantías de averiguación de la verdad en el proceso penal, lo cual en definitiva no puede ser aceptado.

2. Por consiguiente, la pretensión actualmente popular en toda Europa, de una etapa procesal instructoria en la que se pueda participar⁴², conduce a antinomias irresolubles y, en definitiva, a un callejón sin salida. Una solución podría ser hallada solamente: (1) si se lograra reforzar la posición de la defensa en la etapa instructoria, sin perjudicar la finalidad del procedimiento de aclarar la sospecha; si a través de esto (2) el imputado pudiera analizar críticamente el resultado de las investigaciones y aceptarlo como justo, (3) sin una presión insostenible de las autoridades de persecución penal, de modo que (4) el consenso así establecido, de renunciar a la etapa de juicio oral o audiencia pública, no sería entendido como coacción ejercida por la justicia, ni como política de “regateo” o de negociaciones inadecuadas para ocultar los reproches penales, sino que podría ser aceptado también por la generalidad como un resultado realizador de la verdad material y la justicia. Llegar a alcanzar este fin parece tan imposible como lograr la cuadratura del círculo, pero quisiera comprometerme y esbozar las reformas necesarias y posibles para alcanzarlo. Para que el resultado de la etapa de instrucción pueda ser aceptado por todas las partes procesales, y por la generalidad, como una

41. Sobre la escasa actividad del defensor en la instrucción, DAHS. *NJW*, 1985, pp. 1113 a 1116; ár. también IGNOR y MATT. *StV*, 2002, p. 106.

42. Cfr. el Proyecto alternativo de reforma de la instrucción (*Alternativ-Entwurf zur Reform des Ermittlungsverfahrens, AE-EV*), 2001, pp. 132 y ss.; artículo 32, ap. 1 a Corpus Iuris; CASTALDO. *StV*, 2003, pp. 122 a 125; SATZGER. *StV*, 2003, pp. 137, 139 y ss.

solución acorde con los principios de verdad y justicia, las partes deben tener la posibilidad de controlar críticamente ese resultado. Además, para que su consenso en este marco sea voluntario y no expresado bajo presión, la denegación del consentimiento y la elección de una clásica etapa procesal de juicio oral o audiencia pública no puede ser revertida ofreciéndoles una reducción inadecuada de la pena, pues, de lo contrario, la amenaza implícita de elevar inadecuadamente la pena después del juicio oral, convierte la voluntariedad en una farsa. Para que todas estas condiciones puedan quedar aseguradas, son necesarios, en mi opinión, sólo cuatro pasos de reforma que se podrían concretar fácilmente en cada una de las leyes procesales penales.

a. El primero consiste en la filmación de toda declaración testimonial en la etapa procesal de instrucción por medio de vídeo. Como actualmente las actas de las declaraciones representan, tal como he podido comprobar, un conglomerado de datos provenientes de los conocimientos reales del testigo y de las hipótesis de quien dirige la investigación, entonces un defensor no puede comprobar fehacientemente a través de la mera lectura del expediente sumarial, si el resultado de las investigaciones es fidedigno o si, por el contrario, se trata de un producto de selección unilateral. Sin embargo, una filmación posibilitaría justamente esa comprobación, la que obviamente debería comenzar con la denominada conversación previa entre la autoridad que toma la declaración y el testigo⁴³. A diferencia del acta escrita, la filmación puede reconocer y juzgar claramente el conocimiento real, propio y sin influencias del testigo y, con ello, la credibilidad de la declaración.

La objeción que es de esperar desde los círculos de la justicia, de que todo esto sería impracticable e imposible de financiar, se puede desvirtuar en mi opinión muy fácilmente. En definitiva, se trata sólo de la adaptación a la técnica actual de los materiales disponibles, tal como ocurrió con las máquinas de escribir hace cien años. Existen actualmente numerosas experiencias realizadas a partir de este método, sobre todo en Australia y Canadá, que confirman no sólo su práctica, sino que, además, han generado un elevado grado de aceptación por parte de la policía que, mediante esta forma de tomar la declaración, se ha hecho invulnerable frente al habitual reproche de que ejerce una presión impropia a los testigos. En todo caso, el reciente trabajo doctoral de RO-SEOP PARK, escrito bajo mi dirección, ha demostrado que todos los reparos acerca de la practicabilidad pueden ser fácilmente desvirtuados⁴⁴.

b. Para que el defensor pueda verificar los reparos que tenga, debe disponer de posibilidades propias de investigación. Sin embargo, cuando se lee actualmente en la bibliografía procesal penal, que el defensor debe tener derecho a realizar investigaciones

43. Detalladamente, sobre la admisibilidad de tales conversaciones previas o de contacto y sobre la jurisprudencia que concierne al tema, EISENBERG. *Beweisrecht der StPO*, 4.^a ed., 2002, pp. 203 y ss. y 228 y ss.

44. Cfr. las investigaciones en detalle de PARK. *Die Wahrheitsfindung im Ermittlungsverfahren*, 2003, pp. 98 y ss. y 126 y ss.

por sí mismo⁴⁵, se desconoce por completo que la mera posibilidad de interrogar por sí mismo a los testigos no aporta nada, pues el testigo no está obligado a responder. Por consiguiente, siguiendo el modelo de la declaración *subpoena* norteamericana (es decir, bajo amenaza de pena), debe ser creada la posibilidad de que el defensor, con autorización judicial, pueda tomar declaración por sí mismo a testigos importantes que a su juicio hayan sido interrogados insuficientemente, y, a raíz de esas declaraciones, pueda apreciar con seguridad la fiabilidad del resultado de las investigaciones⁴⁶. Para impedir las posibilidades de abuso, ya sea influyendo ilícitamente al testigo o retardando meramente el procedimiento, debe ser previsto un control judicial, cuya posibilidad de puesta en práctica y particularidades han sido sondeados en el trabajo doctoral que ya he mencionado⁴⁷. Los posibles reparos acerca de que el defensor podría utilizar la declaración del testigo para intimidarlo o inducirlo a errores, se pueden disipar del mismo modo en que debe ser asegurada la transparencia de la toma de declaraciones testimoniales por la policía, es decir, sencillamente por el hecho de que el defensor está obligado a filmar con una cámara de vídeo desde que saluda al testigo y durante toda la declaración sin pausa alguna.

c. Al otorgarle a la defensa la posición de valorar la fiabilidad del resultado de las investigaciones, quedan sentadas las bases para que este resultado sea aceptable en el marco de una conformidad, como resultado final del procedimiento penal total, y como base para la decisión sobre las consecuencias jurídicas, es decir, como objeto posible de un consenso entre las partes procesales. Para la renuncia a la realización del juicio oral como consecuencia del consenso, puede ser ofrecida una cierta reducción pequeña de la pena conforme a los principios de la medición justa, pero sólo una reducción muy limitada⁴⁸. Si esa reducción fuera demasiado grande, por un lado el resultado no seguiría siendo aceptado como justo por la generalidad, mientras que, por otro, en caso de una realización del juicio oral, el enorme aumento de pena que amenazaría como espada de Damocles, destruiría toda voluntariedad en la decisión del inculgado.

d. No obstante, también para impedir tales errores existen dos medidas sencillas a adoptar, las que paso a describir. Al cierre de la etapa de instrucción, la fiscalía, como

45. MEYER-GOSSNER. *StPO*, 46.^a ed., 2003, previo al § 137, núm. marg. 2; LÜDERSEN. "Löwe-Rosenberg", *StPO*, 25.^a ed., 2002, previo al § 137, núm. marg. 391; PFEIFFER. "Karlsruher Kommentar", *StPO*, 5.^a ed., 2003, Einl., núm. marg. 70; ROXIN. *Strafverfahrensrecht*, 25.^a ed., 1998, pp. 143 y ss., núm. marg. 61 (§ 19 E II); BEULKE. *Strafprozessrecht*, 6.^a ed., 2002, p. 82, núm. marg. 158 (§ 9 IV 3); WEIHRACH. *Verteidigung im Ermittlungsverfahren*, 6.^a ed., 2002, pp. 68 y ss., núm. marg. 92 y ss.; RÜCKE. *Festschrift für Peters II*, 1984, p. 215; KÖNIG. *StraFO*, 1996, p. 98; BAUMANN. *Eigene Ermittlungen des Verteidigers*, 1999.

46. Acerca de las posibilidades que existen al respecto conforme a los Derechos procesales en Estados Unidos, ver PARK (supra, nota 44), pp. 150 y ss.; cfr. al respecto SCHÜNEMANN. *ZStV* 114, 2002, p. 48.

47. PARK (supra, nota 44), pp. 155 y ss.

48. Al respecto, próximamente, HAUER. *Geständnis und Absprache*, tesis doctoral en Derecho, München, 2004.

en España ahora mismo, debería hacer una propuesta formal de medición de la pena, cuya adecuación sería controlada por un juez, el que de ninguna manera podría ser, por ejemplo, el mismo que después decida en la etapa de juicio oral. Además, en la etapa de instrucción, el lesionado debería poseer el derecho a ser oído y a oponer objeciones, pues así puede evitarse que la propuesta de medición de la pena acabe en una política de “regateo” inadecuado, como por ejemplo, para ocultar los reproches que existan contra un inculpado prominente.

Para que la decisión del imputado de someterse a la medición propuesta de la pena pueda ser calificada en general como prueba de una real aceptación y no como resultado de una coacción, la ley debe fijar un estrecho límite determinado, el que no puede ser sobrepasado en la sentencia aún después de un eventual juicio oral, siempre que en éste no fueran comprobadas circunstancias excepcionales agravantes y que hubieran sido desconocidas completamente en el procedimiento de instrucción. Por eso, considero demasiado elevada la reducción de la pena a un tercio, como está previsto en la nueva regulación de la conformidad en España y del *patteggiamento* en Italia⁴⁹. El límite debería ser fijado en una rebaja de pena del 20%.

VII. RESULTADO

1. De este modo, mis consideraciones acerca del futuro del procedimiento penal en todos los Estados de Derecho han llevado a resultados bastante claros. El ideal del siglo XIX, de llevar a cabo en cada caso concreto un juicio oral completo reconociendo los principios de publicidad, oralidad e inmediatez, es sólo realizable en una sociedad sumamente integrada, burguesa, en la que el comportamiento desviado cumple cuantitativamente sólo un papel secundario. En las sociedades postmodernas desintegradas, fragmentadas, multiculturales, con su propagación cuantitativamente enorme de comportamientos desviados, no queda otra alternativa que arribar a una condena sin un juicio oral detallado, en los casos en que el supuesto de hecho se presenta como tan profundamente aclarado en la etapa de instrucción, que ni siquiera al mismo imputado le interesa una repetición de la producción de la prueba en el juicio oral. Sin embargo, el *plea bargaining* que reemplaza en estos casos al juicio oral no debe extenderse más allá de este ámbito de aplicación legítimo. Es decir, debe impedirse que la fiscalía tenga la posibilidad de forzar al inculpado al *guilty plea* con la combinación de ofrecer una zanahoria por un lado, y el látigo, por el otro. Para ello, la defensa debe ser colocada, mediante un reforzamiento de su posición jurídica, en condiciones de poder controlar por sí misma la fiabilidad de los resultados de la investigación logrados por la policía. Por consiguiente, la clave para la legitimación de un *plea bargaining* se encuentra en el reforzamiento de la posición jurídica del inculpado en la etapa de instrucción, sin el cual el *plea bargaining* funciona como mero procedimiento de extorsión y debe ser negado un equilibrio leal de los diferentes

49. Cfr. artículo 801, ap. 2 de la *LEcrim.*; artículo 444, ap.1 del *Código de Procedura Penale*.

roles del procedimiento. Con mi propuesta de filmar en vídeo todas las declaraciones que tienen lugar ante la policía, de reforzar los derechos de la defensa para que pueda realizar investigaciones propias, y de invertir el orden de los aportes del imputado por un lado y de la justicia por el otro, en los acuerdos o conformidades procesales penales, podrían lograrse las garantías necesarias para un procedimiento penal que corresponda a un Estado de Derecho. Es evidente que, en todos estos casos, la defensa es necesaria. Más allá, la calidad de la defensa de oficio debe ser mejorada considerablemente, si no se desea recibir la objeción que se le hacía al instituto español de la conformidad: que por la calidad inferior de la defensa de oficio se termina perjudicando a los inculpados socialmente más débiles⁵⁰.

2. Naturalmente, ya estoy escuchando la pregunta de los políticos de finanzas acerca de cómo se financia todo esto. Es decir, primero, cómo se equipa a la policía y a las fiscalías con las instalaciones necesarias de video para filmar las declaraciones de los testigos, y, segundo, cómo se extiende la defensa de oficio a inculpados de escasos recursos que no pueden permitirse un defensor. Mi respuesta es que la orientación de una sociedad al Derecho se muestra en el valor que le da a un procedimiento penal justo. En Alemania se gastan, por ejemplo, miles de millones de euros en alcohol, tabaco o entretenimientos, mientras que la justicia debe ser lo más barata posible. Precisamente, una sociedad que quiera tener una justicia barata considera su propia diversión más importante que la equidad. Naturalmente, la ciencia jurídica no posee el poder político para modificar tal estado de cosas, pero tiene la posibilidad, y de ahí también el deber, de demostrar mediante un análisis sin indulgencia cómo debe estar equipado un procedimiento penal para que merezca el adjetivo de “justo”. Un Estado que no está dispuesto a esto, no es un Estado de Derecho. Y como científico hay que expresar esto también abiertamente cuando se trata del propio Estado.

50. VOLKMANN-SCHLUCK. *Der spanische Strafprozess im Inquisitions und Parteiverfahren*, 1979, p. 132. Para el estado en Alemania cfr. BRÜSSOW. *Festschrift für Riess*, 2002, pp. 47, y 49 a 51; MÜNCHHALFFEN. *StraFo*, 1997, pp. 230 y ss.; ARTKÄMPER, N. J., 1998, p. 134. Para un caso característico en particular, cfr. además el comentario a la sentencia EGMR del 21 abril de 1998 (control necesario de la calidad del defensor que asiste por parte del tribunal) en SOMMER. *StraFo*, 1999, pp. 402, 404 y ss.

