

Realidad y apariencia en el Derecho Procesal Penal

Por H.H.A. COOPER *

Resumen: Se trata de demostrar la tesis de que "cuando más perfeccionado sea el régimen procesal, tanto más divorciado de la realidad será el resultado en términos funcionales". Es lo que sucede en el sistema procesal penal angloamericano que permite al encausado admitir los cargos (plead guilty) o negarlos (not guilty). Como el proceso penal angloamericano es dispositivo el juez actúa como mero árbitro y, en consecuencia, se ha llegado al llamado "plea-bargaining", arreglo extralegal, en que el encausado prácticamente determina el curso de su procesamiento y donde, en la mayoría de los casos, la influencia predominante es la del fiscal. Todo esto se ha caracterizado como un abandono de la función judicial. Este problema se da también en los sistemas romanocivilistas, en los que los códigos proporcionan indicaciones precisas pero que distan mucho de la vida real. (S.J.A.).

El ordenamiento procesal es una creación notoriamente artificial, cuyo propósito es facilitar, mediante el empleo de formalismos y técnicas altamente ceremoniales, la investigación, determinación y disposición de ciertos eventos pertenecientes al mundo real y tangible y su subsiguiente conversión en una representación jurídica capaz de resolver el dilema socio-político producido por el desacato del infractor. El proceso penal es la simbolización o transformación de lo real en una especie de cifra jurídica para que esta manifestación de la voluntad de la sociedad pueda hacerse sentir en la persona del infractor durante todas las fases del desenvolvimiento del trauma, desde la lesión de la norma penal hasta el restablecimiento del equilibrio social mediante la imposición de la pena o medida de tratamiento dictada por la sociedad. Dada la filosofía en que se basa, necesaria-

(*) Director Interino del Criminal Law Education and Research Center, New York University, School of Law; Director Adjunto del Center of Forensic Psychiatry, New York; Catedrático Visitante, Facultad de Derecho de la Universidad N. M. de San Marcos.

mente, el proceso penal, deja de sorprender su artificialidad, su simbolismo y sus discrepancias con los hechos reales que se están asimilando a la pauta jurídica. La conversión de hechos reales en hechos jurídicos mediante su filtración a través de los órganos de la administración de justicia, tiende a producir cambios sutiles, fundamentales y, a veces inadvertidos. La grande y perdurable contribución de los juristas norteamericanos en el presente siglo ha sido la creación de escuela propia, (1) cuyo incorruptible realismo ha servido para iluminar las discrepancias entre el derecho inerte hallado en los textos y el derecho en acción, producto de las actividades cotidianas de los jueces, abogados y otros participantes en la administración de justicia. La creciente complejidad del derecho moderno hace urgente la reconsideración de algunos de nuestros pensamientos tradicionales acerca de la eficacia real del proceso penal. Se advierte que, en muchos casos, nuestras formas procesales se están convirtiendo en ficciones legales que lejos de facilitar el examen práctico de las cuestiones jurídicas inherentes, fomentan una especie de evasión intelectual del problema, de la que resulta toda clase de sofisticación y auto-engaño. Sin entrar en generalizaciones no científicas, puede opinarse que cuanto más perfeccionado sea el régimen procesal, tanto más divorciado de la realidad será el resultado en términos funcionales. (2) Esta tesis es harto demostrable con ejemplos prácticos y el ejercicio puede estimular discusión y dar lugar, en otra oportunidad, a la investigación más profunda del fenómeno ahí advertido.

La ilustración más dramática de estas deformaciones procesales puede encontrarse en el sistema penal anglo-americano. Unas observaciones preliminares pueden hacer más comprensibles a los estudiosos romano-civilistas algunos aspectos esotéricos del derecho procesal penal del *Common Law*. Tanto bajo el régimen vigente en Inglaterra como en la mayoría de las jurisdicciones en los Estados Unidos de Norteamérica, se inicia el juicio oral, dándole al encausado la oportunidad de responder a los cargos en términos de una admisión o rechazo formales de su imputación. (3) En el lenguaje técnico del sistema,

(1) Véase, Estudios de Filosofía del Derecho, Luis Recasens Siches, (1946), UTEHA, México, Tomo II, Pág. 317.

(2) Véase, Comparative Criminal Procedure, G.O.W. Mueller y Fré Le-Poole Griffiths, (1969), New York University Press, Pág. 242: El laberinto procesal conduce a la frustración y a la derrota de la justicia.

(3) Véase, Criminal Law and its Processes, M. Cherif Bassiouni, (1969), Charles Thomas, Illinois, Págs. 456/457.

el procesado puede *plead guilty*, es decir, indicar, formalmente, y sin argumento alguno, su plena aceptación de los cargos, dejando por el momento la alegación de circunstancias que pudieran modificar o mitigar su responsabilidad o, alternativamente, el acusado puede ofrecer la respuesta *not guilty*, la que constituye un rechazo tajante e inequívoco de los cargos que tiene el efecto de obligar al Estado a comprobarlos plenamente en el curso del juicio oral. Estas formalidades son indispensables al desenvolvimiento del proceso penal. Se ve que tal contestación es de índole muy distinta de las admisiones de culpabilidad extraídas del reo en el curso del juicio oral mismo, sea cual fuere el sistema bajo el cual se le está juzgando. La respuesta del procesado determina así el curso de su procesamiento. En el caso de admitir su culpabilidad y la aceptación de dicha admisión por parte del tribunal, el reo evita el juicio oral; se procede de inmediato a la consideración de la sentencia apropiada al caso, tomando en cuenta las representaciones pertinentes vertidas por la defensa a efectos de la mitigación de la responsabilidad. En breves palabras, no hay ningún enjuiciamiento del reo sino todo el aparato judicial se enfoca, única y exclusivamente, en el problema de la sanción que merezca el delito admitido conforme al espectro correccional proporcionado por la ley aplicable. Puesto que el régimen procesal penal anglo-americano reviste el carácter dispositivo y no inquisitivo, el juez desempeña así el papel de árbitro en lugar del de participante activo en la persecución de la verdad, se puede ver que esta limitación o recorte del procedimiento tiene las implicaciones más trascendentales.

El observador profesional se dará cuenta inmediatamente de las ventajas potenciales en esta situación desde el punto de vista de la administración de justicia: teóricamente, la colaboración del procesado y su libre y franca admisión de culpabilidad en la causa hace posible una notable economía jurisdiccional. No es necesario el fastidioso juicio oral, con la asistencia costosa de testigos, porque el proceso penal en el *Common Law* exige, en todo caso, su presencia física ante el tribunal, en esta etapa, para prestar su testimonio. No hay pérdida del precioso tiempo de los magistrados, de los abogados o del jurado y, en general, tal concesión de parte del reo facilita, enormemente, en beneficio de la colectividad, la vista de causas penales y la aceleración de la justicia. Se puede emplear, con exactitud, la palabra *concesión* porque nadie puede obligar al reo en este asunto: la presunción de inocencia es una de las piedras claves del *Common Law*.

y, en consecuencia, cualquier acusado tiene el más perfecto derecho a un enjuiciamiento en que el Estado debe comprobar, plenamente y con toda formalidad, indiferente al costo, los cargos en su contra. Se nota, entonces, como es lógico que el propio reo, al conceder algo a sus acusadores, está a la espera de recibir algunas concesiones del sistema. Claro está que la única concesión de valor que le interesa al reo en su momento de aprieto es la sentencia más benigna posible. Naturalmente, el juzgador tomará en cuenta la actitud sumisa del reo cuando llegue el momento de pronunciar sentencia porque, ordinariamente, tal acto de colaboración voluntaria puede considerarse como muestra de arrepentimiento y, por consiguiente, buen signo de esa rehabilitación que busca cada sistema correccional moderno. (4) Nadie puede objetar, penológicamente, tal trato y al penar con mayor suavidad al reo arrepentido, el sistema procede con tino y honradez. Empero el asunto se complica aún más bajo el Common Law en virtud de otros factores procesales.

En el proceso penal del *Common Law* el concurso de delitos da lugar a la formulación de cargos alternativos, a todos los cuales, como surgen del mismo evento, el reo debe responder) (5) Se puede imaginar un caso de muerte en el curso de la comisión del delito contra el patrimonio. Se formularían, conjuntamente, cargos de homicidio y robo y, quizás, otros de menor gravedad, según las circunstancias: el delito de mayor gravedad no absorbe, procesalmente, la responsabilidad por la comisión concurrente de los delitos menores. Ocurre, a veces, que las pruebas relacionadas con el delito mayor son más débiles que las que prestan credibilidad a la comisión de los delitos de menor gravedad. En esta situación, debido a una variedad de factores jurídico-políticos, la base de la práctica procesal que se ha esbozado ya, sufre una deformación fundamental. A los agentes del Estado, la policía, los procuradores, los fiscales, les importa —se podría aseverar que a menudo les importa demasiado— la represión y castigo de cierta conducta y, como corolario, el éxito de su persecución en nombre de la sociedad, ante los tribunales, de infracciones individuales. Por tanto, en el balance el asunto se altera, sutilmente, de modo que el encausado pueda facilitar no solamente la aceleración procesal sino también el resultado mismo de su propio

(4) Véase, Bassiouni, op. cit. supra, nota 3, págs. 460/461. Véase, también, el caso inglés, *R. v. Davies*, (1965), Crim. L.R. 251.

(5) Sobre esta materia en general, véase *Sentences for Sale: A New Look at Plea Bargaining in England & America*, Anthony Davis, *Criminal Law Review*, (1971), págs. 151/161 y 219/226.

caso en términos sustantivos. En otras palabras, se puede entrar en arreglos mediante los cuales el reo acepta, plenamente, su responsabilidad por la comisión de un delito de menor gravedad a condición de que se abandone el cargo más grave. La distorsión procesal más seria resulta cuando el reo, como recompensa por su colaboración, recibe la promesa judicial de una sentencia mucho más benigna que la que le correspondería en caso de tomar una actitud menos complaciente. Este ejercicio, que se llama *plea-bargaining*, (6) ha sido caracterizado, en su forma más descarada, como un abandono de la función judicial. En realidad, la medida correccional no resulta de un proceso jurisdiccional, abierto y formal, sino que es producto de un arreglo de conveniencia entre bastidores, en que la influencia predominante, en la mayoría de los casos es la del Fiscal. (7) El proceso penal, en el sentido de la reivindicación de los intereses de la sociedad, se convierte en una ficción menguante del valor readaptador de la sentencia: inevitablemente, la majestad de la ley se manchilla en el descenso al nivel común del mercado. Es ineludible que la impresión dejada en la mente de todos es de algo sórdido y no muy sano. Sin embargo, el mal en sí no se restringe a estos aspectos.

Se ha calculado, que a través de los Estados Unidos, la gran mayoría de los procesos penales se determina, en la actualidad, mediante esta clase de transacción. La proporción de casos finalizados con el *guilty plea* alcanza el 90% en algunas jurisdicciones. Una ilustración gráfica del problema se halla en los siguientes hechos. Hace unos años, el prestigioso CLEAR Center de la Universidad de Nueva York inició una investigación comparada de ciertos aspectos de la administración de la justicia penal en seis países. Una fase del estudio necesitaba la observación, en cada país, del juicio oral en seis procesos por delitos de obligar al Estado a comprobarlos, plenamente, en el curso contra el patrimonio. Mayormente, el estudio llegó a una conclusión satisfactoria. La única excepción fue en el caso de la misma Ciudad de Nueva York donde, de las docenas de causas seleccionadas a efectos de la administración del cuestionario, no era posible observar ni tres porque los encausados en todos los

(6) Sobre el proceso en Estados Unidos, véase Bassiouni, págs. 458/466.

(7) Véase, Bassiouni, págs. 462/464. Véase, también, *Modern Criminal Procedure*, Livingston Hall y Yale Kamisar, (1966), West Publishing Company, pág. 508. Acerca de las presiones que pesan sobre el Fiscal en los Estados Unidos, véase, 1959 *Annual Survey of American Law: Criminal Law & Procedure*, G.O.W. Mueller, (Oceana), págs. 133/134.

demás procesos cortaron sus juicios mediante el *guilty plea*. (8) No exageramos al decir que la administración de la justicia penal en los Estados Unidos sufriría un colapso total si fuera necesario volver en estos momentos, al enjuiciamiento formal de todos los procesados. (9) Lo que comenzó como una práctica extra-legal, el *plea bargaining* en sí, se ha convertido en una institución indispensable, cuya normalización ha ocupado la atención de la asociación nacional de abogados, quienes se han mostrado decididamente en favor de la formalización de estas transacciones y su incorporación regular a la vida procesal del país. (10) Los peligros de la práctica han atraído bastante atención académica y profesional en los últimos años, pero, hasta ahora, no ha sido posible ni erradicar los males ni tampoco sustituir la práctica por otra más compatible con la estructura procesal formal. Esta institución de *plea bargaining* representa un ejemplo claro de la distinción entre el derecho en libros, con su énfasis en el juicio formal y público ante el jurado, y el "derecho en acción", donde el asunto se decide, prácticamente, mediante una componenda privada entre el Fiscal, el defensor y el Juez. Quien quiera entender la realidad del proceso penal de los Estados Unidos de hoy no puede contentarse con la simple lectura de los libros; la realidad se distingue, fundamentalmente, de la teoría. (11)

Equivalentes ejemplos no menos reveladores de la discrepancia entre realidad y apariencia pueden detectarse sin dificultad en los sistemas romano-civilistas. (12) Frecuentemente, los códigos proporcionan indicaciones precisas e inconfundibles que distan mucho, sin embargo, de la vida real y práctica del ordenamiento jurídico particular. Este problema se presenta en forma especialmente aguda en los sistemas híbridos y, muy a menudo, el juicio oral se reduce a un debate legal sobre los hechos establecidos durante la instrucción. Es preciso advertir que la

(8) Véase, el informe del Director, el profesor G.O.W. Mueller, 1970/71, pág. 39.

(9) Véase, 1966 Annual Survey of American Law: Criminal Procedure, Steven Meiers, (Oceana), págs. 537/552.

(10) Véase, Standards Relating to Pleas of Guilty, American Bar Association project on minimum standards for criminal justice, Institute of Judicial Administration, Marzo. 1968. Bien se ha dicho que: "Todo nuestro sistema de derecho penal vive y muere y tiene su razón de ser en base del fenómeno del Plea Bargaining". BLACK, Charles, R., Jr., Capital Punishment: The inevitability of Caprice and Mistake, New York: W.W. Norton (1974), page 42.

(11) Véase, El ocaso del juicio oral en los Estados Unidos de Norteamérica, H.H.A. Cooper, 5 Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Sept.; Octu. 1972, págs. 63/73.

(12) Véase, por ejemplo, Habeas Corpus in Perú: Myth or Reality, H.H.A. Cooper, Cleveland State Law Review, Setiembre, 1971, pág. 603.

etapa oral asume un aspecto irreal donde la vista de la causa procede sin la asistencia de testigos. De este modo, el asunto deja una fuerte impresión en los participantes y observadores lejos de haber sido decidido, judicialmente, con anterioridad, efecto que va fortaleciéndose si, por razones de celeridad, se hacen recortes en el interrogatorio y los debates. De vez en cuando, la calificación del delito y formulación de los cargos por el Ministerio Fiscal contribuyen a la deformación del desarrollo del proceso, estas atribuciones prestándose a semejantes arreglos al *plea bargaining* en las jurisdicciones del *Common Law*. (13) No es necesario seguir multiplicando estas ilustraciones; el letrado de cualquier país podría suministrar, fácilmente, ejemplos similares de su propia experiencia. En todo caso, el problema fundamental es igual: una divergencia sutil y a menudo oculta entre los dispositivos del régimen procesal y la práctica seguida en la vida profesional cotidiana. Lastimosamente, padecemos muchas veces de una ceguera profesional debida a una innmerceda satisfacción con lo irreal; sufrimos una especie de ebriedad por la belleza verbal que nos priva de la capacidad y discriminación para percibir los defectos de nuestra práctica real. El peligro de autoengaño se acentúa en países donde el proceso penal se rige por un código, cuyos preceptos representan el fruto de la sabiduría de los más destacados especialistas en la materia. La palabra escrita actúa como una pantalla que limita la visión y paraliza el intelecto. El procesalista debe estar siempre alerta a estas posibilidades.



(13) Puede compararse la posición en Alemania: Véase, *Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law*, Hans-Helrich Jescheck, *Virginia Law Review*, Vol. 56, No. 2, Marzo, 1970, pág. 245.

