

ESTANCIA DE ESTUDIOS
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ
JEREZ DE LA FRONTERA, ESPAÑA
NOVIEMBRE DE 2.001

**FIGURAS ACERCADAS A LA APLICACIÓN DE:
CRITERIOS DE OPORTUNIDAD
EN EL PROCESO PENAL**



DAVID G. MANGIAFICO

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO
MENDOZA, ARGENTINA

PRIMERA PARTE: DERECHO COMPARADO

.INTRODUCCIÓN.

El consenso en el proceso penal, objeto de la presente investigación se encuadra dentro de la constatación general de que **la justicia está en crisis**, crisis que sirve de cajón de sastre de tópico al que recurrir para justificar constantemente cualquier fracaso del legislador o de los distintos operadores jurídicos; crisis que es especialmente grave en el ámbito del Derecho Penal por la importancia del valor en juego: **la libertad**¹.

El hilo conductor de ordenamientos europeos y angloamericanos, será entonces la búsqueda de mecanismos de simplificación de la Justicia Penal², caminando por el estrecho borde que media entre la eficacia y la garantía, sin caer al costado peligroso en violación del derecho al debido proceso, que no debe dejar de ser la estrella polar en el planteo.

Como ya adelantara, la presente temática supone enfrentarse en la tensión **eficacia - garantía** entre la coordinación de un proceso sin **dilaciones indebidas** y el derecho a un **debido proceso**.

A pesar de lo que pudiera parecer, o mejor sería afirmar: a pesar de la falta de conocimiento en que nos encontramos situados acerca de este particular camino de afianzar la justicia, no estamos ante una problemática exclusivamente Argentina. Son males comunes a una época industrializada en la que se ha producido un importante aumento cualitativo y cuantitativo de las infracciones criminales, que no ha sido acompañado ni con el correlativo **incremento en la dotación de medios técnicos y humanos** al servicio de la Administración de Justicia, ni con la **modernización del modelo de enjuiciamiento**. Debido a ello se da el clamor unánime y coincidente de todos los sectores de la sociedad solicitando una reforma que incremente, entre otros, los principios de celeridad y eficacia³, sin violación, por supuesto de las garantías que claramente están expresadas en la Constitución.

Por esta razón consideramos fundamentales, junto al jurista español **Nicolás Rodríguez García**, al que venimos siguiendo, las referencias al derecho comparado, ya que como pone de manifiesto **Jescheck**, este estudio comparativo conduce a la investigación del Derecho como expresión cultural de los países extranjeros y, al mismo tiempo, a la investigación de los problemas sociales, en cuya solución se han empeñado los ordenamientos jurídicos. Además, sirve para conocer las estructuras de las instituciones plasmadas en las disposiciones jurídicas, favorece la colaboración internacional mediante la aproximación de opiniones, sirve a la reducción de las presunciones chauvinistas y ayuda a la interpretación del derecho⁴.

Clara muestra de la manifestación internacional del problema se encuentra contenida, en gran medida en las **Recomendaciones del Consejo de Europa**, a sus países miembros, que quedan encuadradas en las siguientes líneas de actuación:

- a) Consagración del **sistema acusatorio**, con acento especial en los principios de publicidad y oralidad; y en el que se suprima la fase judicial instructora, siendo sustituida por una fase pre-procesal de investigación, sin valor probatorio, y siendo trasladados el enjuiciamiento y la prueba, al juicio oral.
- b) Introducción de los **procedimientos monitorios o abreviados**, en los que no hay esencialmente debate y en los que se actúa, bajo la aceptación del acusado, de ahí que se hable de la utilización del principio del consenso, como medio de pacificación del conflicto procesal.
- c) Potenciación del **principio de oportunidad** plasmado a través de sus diversas variantes.

Ante este panorama, se visualiza una reacción de los distintos países europeos, que en forma dispar, han realizado algunos intentos, unos más radicales que otros, con el objeto de llevar el sistema acusatorio al proceso penal⁵.

Planteo primigenio y de fundamental importancia a nivel de dogmática jurídico penal, aunque sólo sea necesario enunciarlo, para no traspasar el objeto del presente trabajo, es la aparición y generalización de los llamados **Macro Delitos Organizados**⁶ a los que el ordenamiento jurídico penal reacciona ofreciendo soluciones

que en la doctrina se traducen, al decir de Hassemer y Schüneman en principios positivos de criminalización, en los que la prevención pasa a ser un paradigma, reconociendo vital importancia el **Sistema Funcional del Derecho Penal** y los principios centrales de política criminal enraizados en la **protección de la vigencia de la norma**, más que en bienes jurídicos, según expresara el **Profesor Günter Jakobs**.

Durante los últimos años se va gestando un movimiento que habla de **proceso penal oportuno** frente al **proceso penal necesario**. El primero es difícil de mantener en un sistema jurídico en el que se predica el ejercicio del **ius puniendi** estatal, en el que se parte de la premisa básica de la existencia de una relación jurídico - material que no es disponible para las partes⁷. A este respecto resulta trascendente un planteo científico que apunte a estudiar la posibilidad de romper con el monopolio estatal, con su correlativo desprendimiento de competencias⁸.

La crisis del sistema procesal penal continental es evidente y se trata de buscar salidas a esta situación crítica a través de las últimas reformas de las leyes procesales penales. **El instituto de la conformidad, claro exponente del principio de oportunidad**, va a ser una de las figuras hacia las que se ha dirigido el legislador europeo y latinoamericano en búsqueda de soluciones que permitan salir del estado crítico en que se halla la justicia penal.

Pues bien, en esta mezcolanza de cambios y frustraciones no es extraño que el legislador, no ayuno de corrientes doctrinales y experiencias foráneas, aborde la superación de la rígida oferta que secularmente han brindado nuestros Tribunales y apueste por una nueva política legislativa en la que el principio de oportunidad y los sistemas de transacción penal procesal estén vivificando las Recomendaciones del Consejo de Europa para la totalidad de sus estados miembros⁹. Principio, -el de oportunidad-, que viene entendiéndose "*como la facultad que le asiste a titular de la acción penal (Ministerio Público Fiscal en Argentina) para disponer, bajo ciertas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor o varios determinados*".

Cabe poner de manifiesto, y entrando en un planteo de tipo epistemológico, palabras del **Dr. Vives Antón**, quien ha sido en opinión de **Leopoldo Puente Segura** quien ha defendido con mejores argumentos la implantación del consenso en el ámbito del proceso penal: *"La razón que fundamenta la corrección de la decisión tomada no es la razón teórica que capta una verdad material, sin la razón práctica que escoge las líneas de argumentación más plausibles y llega a un resultado capaz de producir el consenso de los intervinientes en el discurso..."*. *"La verdad de las resoluciones judiciales no es, por consiguiente, una verdad objetiva y absoluta, sino una **verdad consensual**"*¹⁰.

Partiendo de la imposibilidad de alcanzar el objetivo pretendido por un proceso orientado a la averiguación de los hechos efectivamente ocurridos, se postula el más valeroso designio de conseguir, una verdad consensual que, en tal sentido, se presenta como la finalidad misma del proceso penal¹¹.

Por último, acerca de la introducción de ideas políticas en el marco de la materia procesal, se ha dicho que justamente es el **carácter eminentemente técnico de las normas rituales** lo que dificulta en modo extremo su introducción. No obstante la mayoría de los especialistas admiten el impacto de las ideas políticas vigentes en cada momento en una comunidad, sobre las instituciones procesales¹².

Singularmente, la opción por un concreto modelo de proceso penal, y en la medida en que éste puede ser contemplado como instrumento de control social, no es ajena a la concepción que se profese sobre la orientación que debe presidir las relaciones de los ciudadanos entre sí, y respecto del Estado. Hace medio siglo, y en un momento histórico especialmente turbulento, el **Profesor James Goldschmidt** escribió unas palabras que se han convertido en cita tópica: *"los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de la política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución"*¹³.

Para terminar debo expresar, que el fin de estos estudios es justamente evitar la falacia, evitar la aplicación subrepticia o

encubierta de estos institutos que existen, y que tratados científicamente pueden acercar soluciones prolíficas. Tratados y aplicados con libre arbitrio, pueden convertirse en la más flagrante y espontánea muestra de violación de las garantías constitucionales en el proceso penal.

Con tal objeto, entraré a tratar los aspectos salientes de las figuras acercadas a la aplicación el principio de oportunidad, en el derecho comparado, para luego dar paso al tratamiento del recientemente reformado Código de Procedimiento Penal de Mendoza, Argentina.

.ESTADOS UNIDOS.

• **PLEA OF GUILTY COMO ALTERNATIVA AL JURY TRIAL**

• **PLEA BARGAINING: SENTENCE, CHARGE Y MIXTA**

a) Modelo acusatorio norteamericano

Denominado también sistema de partes o comunmente acusatorio, su defensa se basa en la extraña afirmación de que es mucho más garantista que el inquisitivo, se trata de un sistema en el que la libertad y la defensa del imputado encuentran un extenso campo de actuación.

La iniciativa procesal y probatoria queda en manos de las propias partes, de tal manera que va a caer sobre la acusación el papel de íntegra defensa de los intereses sociales y con ello la represión de los hechos delictivos.

Consecuencia de lo antedicho es que el **Prosecutor** (Ministerio Público Fiscal) va a poder renunciar a la acción penal o revocarla lejos de cualquier control del órgano jurisdiccional, y como correlato el imputado puede declararse **Guilty** (culpable) y exonerar a la acusación de tener que probar el fundamento de la imputación¹⁴.

Como vemos, ciertamente, esta renuncia del imputado importa el decaimiento de al menos dos derechos constitucionalmente amparados, tales como: no declarar contra sí mismo y a ser juzgado por un juez

natural o por jurados¹⁵.

En cuanto a las condiciones de la renuncia, decimos que puede y debe ser: **Voluntaria** (caso de culpabilidad evidente en que la prueba resulta de mero trámite); **Estructuralmente Inducida** (caso en el que se prevé una pena más grave para quien insiste en la realización de la vista¹⁶); **Negociada** (caso en el que se logra un acuerdo con el Fiscal, sobre el delito, la pena o ambos).

Otra de las razones para eludir la jury trial atiende al funcionamiento de las reglas sobre la prueba: su complejidad, considerada en su mayor parte excesiva hace que la preparación de cada testimonio requiera de un largo y minucioso trabajo, sujeto además a muchas nulidades que la defensa tiene en la mano para plantear.

Lo último que cabe agregar es que en Estados Unidos no existen problemas de dilación, ya que la Constitución en su enmienda 6ª establece que si no se respetan determinados tiempos (right to a speedy trial) la acusación decae de pleno derecho¹⁷.

b) Mecanismo alternativo al juicio

Cabe comenzar aclarando que en realidad, el número de los juicios que llegan a jurado¹⁸, es en los Estados Unidos extremadamente bajo, la mayor parte de los procesos penales se resuelven mediante la **solución negociada** o plea bargaining, que consiste en un acuerdo previo a la iniciación del juicio, en el que se promete una recomendación beneficiosa, o una rebaja en la pena o la anulación de algún cargo. La declaración de culpabilidad se comunica al Prosecutor que es quien eleva al Juez el pedido de pena.

El análisis crítico de la presente institución, que surge del propio país en que se utiliza, apunta a comprobar que las penas pierden rigor, se desvirtúa el papel de las partes en el proceso, se llevan los principios a la quiebra y se pierde la racionalidad en orden a la determinación de la pena.

c) Clases en relación con el objeto

La **sentence bargaining** es aquel acuerdo entre el imputado y el Juez o Ministerio Fiscal a través del cual, ante una declaración de culpabilidad del primero, se le promete la aplicación de una pena determinada o en su caso, determinable, dentro de unas variantes al respecto establecidas. Van a ser posibles dos vías para llevar la sentence a cabo, cuales son: a) a través de la participación directa del Juez en la plea; b) mediante la renuncia a la determinación de la pena por el Juez y, en consecuencia, la aceptación de la presentada por las partes consensuantes¹⁹.

La **charge bargaining** se da cuando el imputado se declara culpable de uno o más hechos delictivos a cambio de la promesa de que no se ejercitará la acción penal por otros delitos que le son imputados. Así el Prosecutor, como contrapartida del reconocimiento, desvirtúa la imputación, sustituyendo el hecho por el que originariamente se mantenía la acusación, por uno menos grave, e incluso, en el supuesto de que existieran varias imputaciones, se deja de perseguir alguna de ellas. A través de esta modalidad se va a producir tan sólo una limitación relativa de la facultad judicial de determinación de la pena.

La **forma mixta** consiste en resolver el pleito a la vez con una y otra de las formas anteriores. Generalmente se llega a la utilización de las dos concesiones combinadas, en casos en que el imputado está dispuesto a devolver el objeto robado, a colaborar en la información a la policía, a testificar en contra de otros, e incluso a pagar ante el primer pedido una indemnización a la víctima²⁰.

d) Sujetos del proceso

- | | |
|------------------------|------------------------------------|
| 1. Fiscal (prosecutor) | interés de la sociedad. |
| 2. Víctima (victim) | interés financiero. |
| | interés retributivo. |
| 3. Acusado | interés en disminución de la pena. |
| | Interés en anulación de cargos. |

e) Momento procesal

El momento procesal en el que se

opera el fenómeno de la plea bargaining es el de la audiencia previa al juicio (**arraignment**) en la que, tras darse lectura al acta de acusación, el Juez invita al acusado al **pleading**, esto es, a expresarse acerca de su propia culpabilidad.

Si el acusado sostiene su inocencia y, consecuentemente, rechaza los cargos que se le imputan, se pasa a la verdadera fase del juicio, poniendo en marcha el mecanismo de constitución del jurado, salvo los casos en que no obstante su derecho al **jury trial**, opte por el **bench trial**²¹, es decir, elija ser juzgado por un Juez Unipersonal.

Si por el contrario, se declara culpable, el Juez, después de efectuar una comprobación -superficial- acerca de si tal declaración ha sido prestada consciente y libremente y sobre la exactitud de la misma, fija la fecha para la **sentencing**, esto es, para la audiencia donde se decide la pena a imponer²².

f) Control judicial de la negociación

Sintéticamente diremos que una vez concluida la negociación, es **comunicada al Juez** y se hace mención de ella en el **acta del proceso**, pero cabe destacar en tono crítico que el juicio recuerda de algún modo la documentación o protocolización de un acto ante notario: el Fiscal y el Defensor se presentan ante el Juez, quien les pregunta si han llegado a un acuerdo; tras ello, en caso afirmativo, el acuerdo recibe -generalmente- la ratificación del Juez²³.

g) Consideraciones finales

En opinión de destacados autores y tratadistas, este modelo procedimental constituye una verdadera exaltación de la autonomía de las partes. La exaltación de la negociación se ha convertido en los Estados Unidos en la alternativa más usada para reemplazar el sofisticado mecanismo de la Jury Trial²⁴.

Para su buen funcionamiento debe ponerse un coto a la elasticidad del aparato judicial en el manejo de esta institución. El Fiscal,

pese a actuar en secreto, debe recibir por parte del Juez el debido control a fin de evitar abusos. Es a este último a quien le cabe la exigencia de tutelar al imputado y de garantizar la corrección del mecanismo.

Será su participación la que además incidirá sobre la credibilidad del sistema²⁵.

.ITALIA.

-
- **APPLICAZIONE DELLA PENA SU RICHIESTA DELLE PARTI**
 - **PATTEGGIAMENTO EN LA INDAGINI Y EN EL GIUDIZIO**
-

a) El modelo de proceso penal italiano

Italia ha encabezado la lista de aquellos países del sistema continental, que, en los últimos tiempos, se han planteado la reforma del sistema procesal penal, con el ánimo de producir un **acercamiento** hacia lo que se ha venido denominando como sistema anglosajón.

Es en el año 1.989, cuando entra en vigor en Italia la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se denota una clara tendencia al alejamiento del sistema continental europeo, acercándose al common law²⁶.

La tendencia se traduce básicamente en una clara simplificación de las formas, al fortalecimiento de la oralidad, a la garantía de defensa en todas sus manifestaciones y el establecimiento de límites temporales perentorios a la prisión preventiva.

Nota de gran trascendencia en el Código Italiano es la desaparición del Juez de Instrucción, de modo que la acción penal se funda tan sólo en la labor de la **Policía Judicial y el Ministerio Público**. En el Ministerio Público se monopoliza el ejercicio de la acción penal viniendo obligado a ejercer la acusación, en evidente manifestación del principio de legalidad, que sin embargo, ofrece concesiones, como veremos, al principio de consenso, tales como la aplicación de la pena por pedido de parte, cuando la pena es inferior a los dos años.

Todo lo que se ha ido adquiriendo en esta primera fase, llamada **indagini preliminari**, no tiene valor probatorio, dado que falta el elemento contradictorio para que pudiera efectivamente así valorarse²⁷.

Aparece en este procedimiento una etapa intermedia entre la **indagini** y el **giudizio**, que es la **udienza preliminare**. Cuando el Fiscal se decide a enviar la causa a juicio, formula la imputación, fija los hechos y las medidas de seguridad, hace a la vez el pedido de audiencia, en la que tendrá lugar, frente al Juez, la decisión de abrir la etapa de **dibattimento**. Consideramos de gran utilidad esta etapa intermedia ya que al tener una conexión directa con la instrucción, ejerce una inmediata influencia en el resultado de las actuaciones.

b) Causas procesales

El llamado **giudizio direttissimo**, viene regulado como el cause procesal genérico por el que discurre la actividad procesal en casos de **flagrancia y confesión**. El desarrollo procedimental es el genérico para juicios orales, con algunas variantes típicas que se resumen en la posibilidad de citación a testigos en forma oral, sin previa citación; se produce además, como efecto fundamental del mismo, una anticipación del juicio oral, con la correlativa conclusión anticipada, dejando de lado la **udienza preliminare**.

La elección de este cause por parte del Ministerio Fiscal, puede ser contrastada por el propio imputado o su defensor. Existe además la posibilidad de solicitar el cambio de este sistema por el **procedimiento abreviado**, facultad que ofrecerá en su oportunidad el Juez al imputado.

El **Giudizio Inmediato**, es otro de los cauces y viene delimitado su uso al supuesto de **prueba evidente**. Los presupuestos son sencillos, es necesario como ya apuntáramos, la prueba evidente del o los hechos; que en caso de delitos conexos se proceda separadamente, salvo que se produzca un grave daño a la investigación en su conjunto; y son necesarios además otros requisitos en materia probatoria, como su fuente, las medidas de seguridad a practicar, la descripción de los hechos, etc.

El desarrollo procedimental consistirá en una decisión referida a la admisión o no del mismo, en caso afirmativo, se fijará en la misma, la fecha del juicio. También aquí el imputado cuenta con la posibilidad de solicitar el paso al procedimiento abreviado.

El **giudizio per decreto** es una especie de procedimiento monitorio que va a consistir en resolver mediante una orden penal la causa criminal²⁸ de **escasa entidad en cuanto a la gravedad de la criminalidad**. Se trata de una opción que queda bajo discrecionalidad del Ministerio Fiscal, aunque requiere la decisión final de aceptación, mediante sentencia del Juez. Muy utilizado cuando se trata de penas pecuniarias, incluyendo aquellos casos en que se la aplica como sustitutiva de la pena privativa de la libertad.

Está reservado para delitos públicos y guarda similitud con el orden penal alemán por cuanto el decreto condenatorio resulta también dictado sin audiencia de parte y no ejerciéndose oposición por éste o por el responsable civil la condena deviene firme²⁹.

El **Giudizio Abbreviato** es la nueva creación, fruto de la reforma procesal de 1.989. Al igual que **la applicazione della pena su richiesta delle parti**, cumple con la función de conseguir la finalización del proceso sin la celebración del juicio oral. Lo que pretende es llegar a una decisión anticipada de la **res iudicata**³⁰.

Los presupuestos son: que opera a petición del imputado, con la conformidad del Fiscal; que se realice en forma oral en el marco de una audiencia, caso contrario, por escrito; la manifestación del imputado debe ser personal o por medio de letrado.

El desarrollo procedimental, se da a partir del presentación de pedido ante el Juez, quien resolverá acerca de la viabilidad del pedido; la decisión es inmediata por medio de lectura de la misma. En caso afirmativo se resuelve con lo que hasta el momento se ha realizado, esto es, sin vista, y pasando directamente en el lapso de tres días a la audiencia. Evitan de este modo el debate y automáticamente luego de la audiencia se dicta sentencia.

Se entiende que el imputado renuncia a la formación de la prueba

en contradicción aceptando, con ello, una decisión fundada sustancialmente sobre los elementos que fueron, en su oportunidad, recogidos y aportado por el Fiscal y en su caso por la Policía Judicial. El beneficio esta dado, en que en caso de condena, la pena se reducirá un tercio.

Cabe agregar como dato de especial interés a los efectos comparativos con el nuevo Código Procesal Civil de Mendoza, que la parte civil no tiene derecho a intervenir en cuanto a la solicitud de juicio abreviado³¹. En merito de acertada doctrina en mi opinión, el Código italiano dispone la exclusión automática de la parte civil, en caso de no conformidad con el procedimiento abreviado, difiriendo tal discusión ante el correspondiente fuero.

Por último, vamos a desarrollar la llamada **applicazione della pena su richiesta delle parti**, decimos que estamos en presencia de un procedimiento especial, en el que la pena negociada toma forma y vigor. Siguiendo a **Lattanzi** podemos afirmar *que este patteggiamento no es un hijo del antiguo, sino un nieto, en el que las características de la estirpe se encuentran más fuertemente transformadas.*

Se articula por medio de una solicitud (al igual que el juicio abreviado), de aplicación de una sanción sustitutiva, de una sanción pecuniaria o de una pena privativa de la libertad, que teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes, no podrá exceder de dos años³².

La confluencia de voluntades sobre la pena se erige en presupuesto básico de viabilidad de este procedimiento. El pedido puede ser individual o conjunto, puede efectuarse en diversos momentos, lo que conllevara que la decisión podrá estar a cargo de un Juez unipersonal o colegiado.

El Ministerio Fiscal posee facultades de disenso, lo que va a impedir la definición anticipada del procedimiento, pero no producirá per se un efecto preclusivo sobre la cuantificación de la pena. Debido precisamente a que la petición sobre aplicación de pena, concierne al fondo, aunque se refleje sobre el procedimiento, el Juez se encuentra en posición de valorarla y establecer si ha sido o no justificado el disenso del Fiscal asó como si ha errado el Juez

que un momento procesal anterior haya rechazado la solicitud³³.

d) Control judicial de la negociación

Opina Lattanzi, "...que se abren perspectivas interesantes hacia un proceso en el que la posibilidad de composición consensual debería llevar hacia una atenuación de la conflictividad, evitando la instrumentalización de los institutos defensivos con el único objeto de retrasar la definición del asunto; hacia un proceso en el que la definición justa, esto es, la apropiada al caso, surja más de las posiciones convergentes o divergentes de las partes que de una relación preponderante del Juez".

El control del Juez se extiende en cuanto a **legitimidad y voluntariedad**, a la naturaleza y medida de la pena (cuestión de fondo); sobre la naturaleza y calificación jurídica del hecho y la aplicación y confrontación de las circunstancias alegadas (cuestión de forma).

El Juez puede apreciar *ex officio* la existencia de causas de exención de punibilidad, comprobar la correcta calificación de las circunstancias de hecho y su valoración, puede determinar discrecionalmente la correspondencia de **suspensión del juicio a prueba**, y verificar al fin, la voluntariedad del imputado.

Con esto se puede concluir en que *prima facie*, el Juez no se encuentra vinculado a la voluntad de las partes, sino que ejercita una ilimitada y normal **jurisdictio**, que ciertamente resuelve más allá del papel puramente notarial desenvuelto por el **judge** en la bargaining de los Estados Unidos³⁴.

Además de lo anterior, el Juez no ha perdido en ningún momento la posibilidad de valorar y ponderar la **proporcionalidad de la pena** consensuada o negociada, y más concretamente el objeto será verificar su adecuación respecto de la finalidad reeducadora del condenado³⁵.

.ALEMANIA.

• EL ABSPRACHE COMO MODALIDAD DEL CONSENSO

a) El modelo de proceso penal Alemán

El Proceso Penal Alemán³⁶, confluencia de los sistemas romano, canónico, germano antiguo y de la llamada Ley Carolina, tuvo inicialmente caracteres netamente inquisitivos, de corte secreto y escrito, con gran ascendencia hacia la prueba *legal*.

Cabe resaltar que a partir del tratado de unificación de las dos Alemanias, se aplica el Derecho Procesal de la ex República Federal a la Democrática, unificando ambos sistemas a partir del más adecuado, ya que en la zona de ocupación rusa, la violación de garantías era constante y el sistema era poco claro.

Las fórmulas autocompositivas en el proceso germano se justifican sin más, sobre la base de la necesidad de aceleración y la baja del costo, acompañado del requerimiento de hacer frente a nuevas demandas ante una criminalidad acentuada y compleja. El principio de legalidad informa el sistema, si bien, según el parecer de la profesora **Calvo Sánchez**, con importantes atenuaciones a favor del principio de oportunidad, que se manifiesta a través de múltiples instituciones rituales tal como el **archivo de causas ya incoadas**, que lleva a cabo generalmente el tribunal, con la aquiescencia del Ministerio Público³⁷.

Se habla en la doctrina alemana de los llamados **acuerdos de caballero**, que son arreglos informales, carentes de vinculatoriedad procesal, pero que han sido considerados por el Tribunal Constitucional como válidos en la medida en que quede a salvo el principio de investigación de la verdad real y las garantías de debido proceso.

d) Cause procesal

En Alemania encontramos junto al proceso ordinario algunos especiales, tales como el acelerado, el de confiscación, el de seguridad y contra ausentes. Pero nos vamos a detener en una institución en particular, la llamada **absprache**, que como en todos los ordenamientos, ha hecho surgir una serie de cuestiones que han llevado a la doctrina a situarse en una posición a favor o en contra de la misma.

El término *absprache* indica cooperación, se entra en el campo mercantil que supera los límites del tratamiento procesal permitido. Lo que si podemos afirmar liminarmente es que la institución viene ganando espacio en el campo procesal y ya de un 20 a un 30% de las causas se resuelven en forma consensuada.

Desde una perspectiva pragmática, esta institución es el resultado de unos comportamientos, en los que las partes del proceso ponen en común sus intereses con el fin de resolverlo en igualdad. Como todas las instituciones que venimos tratando, encuentra su causa fuente en el intento de reducir el exceso de trabajo de la justicia, **Rönnau**, lo ha llamado **mecanismo de compensación**. Facilita la prueba en materia de Derecho Penal Económico y Narcotráfico, además de evitar por su intermedio, la casación. Se reducen además las cargas psíquicas del imputado en el proceso y como corolario, la **duración** del mismo³⁸.

La perspectiva normativa y la tendencia que fundamenta el *ius puniendi* en manos del Estado, no podía quedar fuera del tratamiento, y dependiendo de la idea de **pena** que se tenga, ya sea como profiláctica, en cuyo supuesto se la considera una restitución o en otros casos responderá a la idea de justicia; frente a esto las teorías relativas, la van a considerar desde la óptica de la imposición o del temor que infunde. Junto a todo este entramado de dogmática, aparece la abstracción de las normas en el campo penal, campo en el que se produce un verdadero problema en materia de autoría y con ello, de la propia punibilidad, aparece así, en el proceso penal el instituto de la *absprache*, que va a funcionar básicamente en aquellos grupos de delitos que se orientan bajo las ideas de prevención general. Sin dejar de lado el importante papel, que sin duda, el instituto jugará en el marco de las teorías de prevención especial³⁹.

En cuanto a las clases de consenso, es conveniente partir de la base de que son dos las formas básicas que reconoce la StPO alemana: el supuesto de archivo y el fáctico que se lleva a cabo sobre la base de conceptos como el honor, la seriedad, la promesa de confianza, etc. El que a nosotros nos interesa es aquél que se va a llevar a cabo entre el imputado y el defensor en el sentido de un consenso o acuerdo sobre el posterior **procedere**. Se trata de un tipo de consenso que puede darse en todas las etapas del proceso y

con diversas finalidades⁴⁰.

Sujetos que van a intervenir en el mismo son el Juez, el Fiscal y el Defensor de la parte acusada. Hay supuestos en los que va a ser posible el acuerdo entre dos de las tres partes citadas. Por ejemplo, entre el Juez y el Fiscal, o entre el Juez y el Defensor, aunque doctrinariamente, este tema está muy cuestionado en Alemania.

En cuanto al **control** del absprache sólo es posible de forma limitada a través de los recursos existentes. Este control realizado por el **Oberegericht**, se circunscribe a aspectos meramente formales. El contenido, en lo referente a las condiciones de las negociaciones, no puede ser, sin embargo, examinado.

a) Palabras finales

Siguiendo a autores españoles, se concluye que en el proceso penal alemán se ha extendido en los últimos años un tipo de solución, que se ha caracterizado por un **acuerdo previo** de las partes, sobre el resultado del proceso. Los intereses del Fiscal, Juez, Defensor e Imputado se intentan traer al campo abreviado en líneas de igualdad, para alcanzar el efecto deseado por todos de un acortamiento del proceso. El modelo está en contradicción con la StPO. Por lo que las discusiones actuales acerca de cómo deberían estar desarrolladas las normas de esta institución se ocupan primariamente de la introducción de una conversación obligatoria en la que el Presidente del Tribunal tiene que abrir las negociaciones con las partes siempre que sea necesario, desde el punto de vista fáctico y jurídico y plantear en su caso, preguntas.

Hay unanimidad en doctrina, acerca de la necesidad de su pronta institucionalización. A fin de salvaguardar garantías y de encauzar legalmente, algo que en los hechos es una realidad clara y concreta.

.ESPAÑA.

• **EL CONSENSO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL**

• **LA LEY ORGÁNICA 7/1.988**

a) Introducción al consenso en el proceso penal español

Ramos Mendez señala que la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se publicó en el año 1.882 era una Ley con un sistema bien definido, unos principios muy claros y coherentes. Pero la situación actual es otra, porque al lado de una LECrim. Que conserva sus ideas base, nos encontramos con una serie de reformas que han roto el esquema y, además, los principios que ella misma promulga en su exposición de motivos.

A partir de 1.988 se ha intentado variar este panorama, una vez más con reformas parciales, y no, sólo se ha buscado dotar de rapidez y eficacia a la justicia penal, sino que se ha intentado fortalecer notablemente el principio acusatorio. En este sentido hay que destacar la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/1.988, que ha simplificado la situación existente disminuyendo el excesivo número de procesos⁴¹: se ha creado un **procedimiento abreviado** para el enjuiciamiento de la pequeña y mediana criminalidad y se reserva el procedimiento ordinario para delitos más graves. Se han potenciado las funciones del Ministerio Fiscal, se ha agilizado la instrucción restringiendo el papel que en la misma históricamente ha desempeñado el Juez de Instrucción, y se ha extendido la aplicación en el proceso penal del **principio de oportunidad**.

Luego en 1.992, aparece una Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que ha continuado con la política legislativa iniciada en el 88 creando un nuevo proceso penal simplificado, llamado **juicio rápido** o **proceso abreviadísimo**, dentro del propio procedimiento abreviado, para el enjuiciamiento inmediato de determinados hechos punibles siempre que concurren determinadas circunstancias: flagrancia del delito, alarma social, detención del imputado o aseguramiento de su puesta a disposición judicial. En definitiva, que con el deseo de dotar de una mayor rapidez y eficacia a la justicia penal se ha adoptado la medida procesal de evitar la realización de la instrucción ante la comisión de determinados delitos flagrantes.

El fortalecimiento del principio acusatorio en la fase de investigación se ha consolidado con otra Ley Orgánica, esta vez, la 5/1.995 a través de la instauración del Jurado y la incrementación

paralela de la participación del Ministerio Público Fiscal⁴². En tal sentido, **Fairen Guillen** indica que *el dueño de ese procedimiento es el Ministerio Fiscal, y las partes.*

c) Notas esenciales de la conformidad

En primer lugar podemos decir que se trata de una **declaración de voluntad** que consiste en el reconocimiento y deseo del sujeto pasivo de cumplir la pena. Pero además se requiere que tal declaración sea:

- absoluta, pura y simple
- personalísima
- voluntaria
- formal
- vinculante
- de doble garantía (conformidad del defensor y del fiscal).

En segundo lugar, es un **acto unilateral de la defensa**, unas veces llevado a cabo por el acusado y ratificado por su defensor, y otras veces por éste, con el consentimiento de su cliente, pero siempre con la intervención de ambos. Cabe destacar que a diferencia de lo que ocurre en otros países, en España, estamos ante una manifestación del principio de oportunidad, contemplada desde el punto de vista de la defensa, cuya decisión de conformarse no necesita la participación de otros sujetos en pie de igualdad, como por ejemplo, la víctima⁴³.

En tercer lugar, cabe hacer mención de la manifestación genuina del **principio de oportunidad**, conforme al cual, si el Juez no estima conveniente la celebración del juicio oral, desde el momento en que la defensa acepte la pena mayor de las que se le soliciten el proceso termina sin la celebración del juicio oral.

d) Naturaleza Jurídica

Las mayores diversidades se producen cuando se quiere dar a la conformidad, considerada como unidad, una naturaleza concreta, porque como vamos a tener ocasión de ver la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha previsto que la conformidad se pueda manifestar en

distintos momentos, teniendo cada uno de ellos un régimen jurídico y unos efectos diversos, es por esto que en doctrina se suele hablar de dos o de tres conformidades distintas.

Hay quienes sostienen que la conformidad se manifiesta a través de una **transacción o convenio**, o sea, un acto bilateral de disposición, lo que llevaba a relacionarla en forma directa con la declaración de culpabilidad norteamericana que era como ya vimos la expresión del fruto de la negociación entre Fiscal y Defensor, en la que el Juez sólo intervenía en carácter de notario.

Este posicionamiento doctrinal ha sido criticado por **Alcalá-Zamora y Castillo**, que recordaba como en la justicia penal moderna no existe posibilidad de transacción, ni tan siquiera en los delitos privados, igualmente **Fairén Guillén**, señalaba que *no cabe transigir sobre el derecho de acusar y de penar*. Pese a ello, algunos autores como **Almagro Nosete** e inclusive la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a través de algunos de sus fallos, han considerado que *se está en presencia de un convenio cuya finalidad es truncar el proceso penal mediante la sentencia de conformidad*.

Otro sector, ha visto en la conformidad la naturaleza de **confesión**, entendida como declaración de culpabilidad, medio de prueba de destacada trascendencia en legislaciones como la Inglesa o Americana⁴⁴.

Sin embargo, **Varela Castro** afirma que *no estamos en presencia de una confesión porque no se requiere que se produzca el reconocimiento un reconocimiento de los hechos imputados, ya que en la declaración de conformidad no se exige una expresa y separada afirmación de verdad de los hechos imputados*. Otro argumento de peso para descartar esta postura sería que la confesión como medio de prueba requiere del **juramento**, que aquí no se puede exigir de la persona que se conforma. Además, sabemos que para que la prueba surta efectos en el marco del proceso, indispensablemente debe celebrarse con la intervención de las partes, y en dicha actuación, aunque las mismas estén presentes, no pueden intervenir en modo alguno en su resultado.

Por último, podemos citar que la mayoría de los autores españoles

se inclinan por la idea de la conformidad como **allanamiento**, con una serie de distinciones respecto de análoga figura en materia de procedimiento civil. Afirma **Alcalá-Zamora y Castillo**, que la conformidad española es una forma autocompositiva que se asemeja mucho a la figura del allanamiento en materia civil; un allanamiento que se concibe como la aceptación pura y simple del acusado de lo que es pedido por el actor, institución que en el proceso penal presenta varias peculiaridades: respecto del momento, en materia penal, la conformidad podrá tener lugar, -no en todo momento-, sino tan sólo en los **escritos de calificaciones** y en las **sesiones del juicio oral**. Es necesario además que exista la voluntad concurrente del defensor, junto por supuesto a la del imputado. El límite a este allanamiento, respecto de la pena será conforme lo establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, de tres años.

A pesar del gran acuerdo doctrinario respecto de la conformidad como allanamiento, **De Diego Díez**, considera que sería un grave error trasladar de modo absoluto al proceso penal la noción de tal institución, ya que en nuestra materia no rige el principio dispositivo, lo que supone una más energética actuación del Juez⁴⁵.

e) Momento procesal en que puede presentarse

- Conformidad en el escrito de calificaciones provisionales, en el de defensa, o conjuntamente con el escrito de calificaciones del Ministerio Fiscal.
- Conformidad en las sesiones del Juicio Oral.

La primera se trata de una conformidad en un momento en el que todavía no ha habido una resolución judicial sobre si la acusación justifica o no la apertura del Juicio Oral, hay quienes opinan que en el presente caso, de ningún modo se podrá prescindir del dictado del auto de apertura del juicio. Esto último denota, que el sentido de la ley es justamente lograr que el Fiscal realice las gestiones necesarias para obtener conformidad, aunque la defensa se haya mantenido sin iniciativa.

La segunda presenta sustanciales diferencias con la anterior, ya que entre las dos se producen una serie de importantes actuaciones, de entre las que podemos destacar que ahora nos encontramos en

pleno Juicio Oral, al comienzo del cual el Secretario habrá tenido que dar lectura a los escritos de acusación y defensa; en el caso de que se hubiera producido la conformidad con el escrito de acusación, esto no ocurrirá, *debiéndose leer en tal caso, el escrito de acusación, pero en seguida, el de la pretendida conformidad*⁴⁶.

f) Control Judicial sobre la conformidad

El el marco del proceso penal español, a diferencia del sistema Americano, la participación del Juez en materia de control de conformidad es de suma importancia, encontrándose facultado para rechazar *in limine*, cualquier pedido que no contenga los requisitos de ley.

El Juez será guardian y controlará que la conformidad tenga lugar ante la existencia fáctica de los elementos del delito. Además tiene facultades para verificar si se está ante un supuesto de innecesaria aplicación de la institución, por no darse la finalidad buscada por la ley, llegando a la conclusión que la conformidad no es pues, título suficiente para una imposición si el Juez o Tribunal no lo considera procedente.

Respecto de la responsabilidad civil, ya nos hemos referido, en el sentido de considerar innecesaria y superflua la exigencia de conformidad. Por lo que repetimos la idea acerca de que ante la falta de conformidad del actor civil, debe este dirigirse al fuero correspondiente e iniciar o continuar su petición de resarcimiento.

¹ **Calvo Sanchez, María del Carmen.** Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal". Justicia. Año 1.990 N° 1, pág. 54 y 55.

² **Armenta Deu, Teresa.** Conformidad dell'Acusato Nel Processo Penale Spagnolo. Gius. N° 9/12, 1.992, pág. 18 en **Rodriguez García, Nicolás.** El Consenso En El Proceso Penal Español. Bosch Editora, Año 1.997. pág. 17.

³ Sin embargo no hay que olvidar, como matiza **Pedraz Penalva**, que el imperativo de la eficacia no se agota en la celeridad. En **Rodriguez García, Nicolás.** Ob. Cit.

⁴ **Rodriguez García, Nicolás.** El Consenso En El Proceso Penal Español. Bosch Editora, Año 1.997. pág. 18.

⁵ **Varona Billar, Silvia.** La conformidad en el proceso penal. Tirant lo Blac, monografías N° 18. Año 1.994. Valencia. España. Págs. 219, 220 y 221.-

⁶ La utilización de medios en los que es posible aplicar criterios de oportunidad, se da principalmente en figuras del crimen organizado, tales como el narcotráfico, la trata de blancas; aunque también será viable la aplicación, en forma más limitada, en delitos comunes.

⁷ **Varona Billar, Silvia.** La conformidad en el proceso penal. Tirant lo Blac, monografías N° 18. Año 1.994. Valencia. España. Págs. 30 y 31.-

⁸ Surgen en los códigos de rito de la República Argentina, tales como el de Córdoba o el de Mendoza, figuras como la del **Querellante Particular Adhesivo**, que vienen a complementar la labor investigativa del Juez y del Ministerio Público, durante toda la etapa de instrucción preparatoria, acercando prueba al proceso y colaborando en el quehacer jurisdiccional, con la debida cuota de control jurisdiccional. Véase **David Mangiafico**, con el seguimiento del **Dr. Carlos A. Parma. El Querellante Particular. Nuevas Figuras Procesales.** Ponencia al XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal. San Juan. Argentina. Mayo de 2.001. Tomo II. Ediciones de la Universidad Católica de Cuyo.

⁹ Prólogo del Derecho. **Juan Carlos Campo Moreno**, a la obra de **Luis Alfredo De Diego Díez.** Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos de derecho comparado en los Estados Unidos, Italia y Portugal. Tirant lo Blanc, Monografías. N° 124. Año 1.999. Valencia. España. Págs. 17 y ss.

¹⁰ Razona además, **Vives Antón**, que desde la teoría consensual de la verdad pueden explicarse las autorizaciones para investigar y las limitaciones y prohibiciones de hacerlo, con base en las exigencias de validez (justicia) del ordenamiento jurídico, cuya aplicación persigue institucionalmente el proceso, y a las que la verdad procesal se halla ligada indisolublemente; tal explicación exige, desde luego, una configuración determinada, la que **pone en primer plano las garantías**, que no tratan sino de disminuir las coacciones, equilibrar la situación de las partes y asegurar, por último, la imparcialidad del juez.

¹¹ **Leopoldo Puente Segura.** La Conformidad En El Proceso Penal Español. Colex. Año 1.994. Madrid. España. Pág. 14 y ss.

¹² Una muestra de posiciones a propósito del debate sobre la supuesta neutralidad de las instituciones y normas procesales: **Prieto Castro**. Informe general sobre principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de las naciones. Trabajos y Orientación del Derecho Procesal, Madrid. Ediciones Revista del Derecho Privado. 1.994. Págs. 689 a 700.

¹³ Citado en La Reforma Del Proceso Penal Español. **Andrés Ibañez, Conde Pumpido Tourón, Fernández Estralgo, Pérez Mariño y Varela Castro**. Técno. Madrid. Año 1.990.

¹⁴ **Varona Billar, Silvia**. La conformidad en el proceso penal. Tirant lo Blac, monografías N° 18. Año 1.994. Valencia. España. Págs. 36 y 37.-

¹⁵ Véase: 5ª y 6ª enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

¹⁶ Es de público conocimiento que existe una práctica ampliamente difundida, de aceptar las pleas of guilty, y de imponer penas más leves. Nota recogida de **Legrande, James y Bárbara**. The basic processes of criminal justice. Springfield, Illinois. Thomas. 1.984, pág. 138 en **Luis Alfredo De Diego Díez**. Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos de derecho comparado en los Estados Unidos, Italia y Portugal. Tirant lo Blanc, Monografías. N° 124. Año 1.999. Valencia. España. Pág. 36.

¹⁷ **Luis Alfredo De Diego Díez**. Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos de derecho comparado en los Estados Unidos, Italia y Portugal. Tirant lo Blanc, Monografías. N° 124. Año 1.999. Valencia. España. Págs. 38 y ss.

¹⁸ La proporción de los **plea bargaining** frente al juicio oral es de 10 a 1. Y tal es así que en algunos Estados los datos estadísticos demuestran que el 90% de los asuntos se resuelven sin llegar al trial y, por tanto, la negociación entre las partes seguida de la correspondiente recomendación al órgano jurisdiccional. Trabajo de **Champion, D. J.** Felony plea bargaining and probation; a growing judicial and prosecutorial dilemma. Journal of Crime Justice. Volumen 16. Pág. 293 a 301. Nota extraída de **Barona Villar**. Ob. Cit.

¹⁹ A título de ejemplo podríamos citar el supuesto de que el imputado de un hecho delictivo penado con dos años de prisión o reclusión, se declara culpable a cambio de que su condena lo sea a un año de prisión o reclusión no en cárceles estatales, como correspondería, sino en las cárceles del condado.

²⁰ Cabe aclarar que la tipología desarrollada en este punto ha sido extraída textualmente del trabajo realizado por la Dra. **Silvia Barona Villar**. Ob. Cit. Págs. 62 a 65.- En criterio del que escribe, la claridad y síntesis con que allí se encuentra expuesto ha sido suficiente para dar una idea de los diversos tipos sin necesidad de traer más información, con el sólo objeto de poner claridad al trabajo y evitar confusiones por el exceso de vocablos.

²¹ En similar sentido, ha legislado la Ley 6.730 de reforma del Código Procesal Penal de Mendoza, admitiendo la posibilidad de intervención de **Salas Unipersonales**, en las que cada miembro de la respectiva Cámara del Crimen, juzgará en delitos diversos, pero no en todos, sino sujeto a ciertos límites en cuanto a la cuantía de la pena. Ver **Código Procesal Penal de Mendoza, Argentina**. Artículos....

²² **Luis Alfredo De Diego Díez**. Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos de derecho comparado en los Estados Unidos, Italia y Portugal. Tirant lo Blanc, Monografías. N° 124. Año 1.999. Valencia. España. Págs. 39 y ss.

²³ **Luis Alfredo De Diego Díez.** Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos de derecho comparado en los Estados Unidos, Italia y Portugal. Tirant lo Blanc, Monografías. Nº 124. Año 1.999. Valencia. España. Págs. 73 y ss.

²⁴ Ob. Cit. Pág. 79.

²⁵ Me permito agregar a tales conclusiones parciales, que tal como está estructurado el sistema en Estados Unidos resulta inaplicable en Argentina, debido a que nuestra orientación constitucional, doctrinaria, política, jurídica y jurisprudencial no lo permitiría. Más adelante veremos sistemas que en efecto, podrían ser tomados de ejemplo a fin de introducir novedades que apunten a la optimización del sistema procesal argentino.

²⁶ **Amodio.** Das Modell des Anklageprozesses im neuen Italienischen Strafverfahrensgesetzbuch, en ZStW, 102 (1.990), pág. 179 en, **Barona Villar**, ob. Cit. Pág. 102.-

²⁷ **Barona Villar, Silvia.** Ob. Cit. Pág. 93 y ss.

²⁸ **Barona Villar, Silvia.** Ob. Cit. Pág. 103.-

²⁹ **Puente Segura, Leopoldo.** La conformidad en el proceso penal español. Colex. Año 1.994. pág. 40 y 41.

³⁰ **Pisapia, G. D.** Lineamenti del nuovo processo penale. Pág. 58.-

³¹ Ver crítica de la Procuraduría de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, que en su dictamen hace referencia a la inconveniencia de otorgar poder de oposición a la querrela civil. Claro está que ante la oposición de la misma, que sin duda se dará, ante la falta de motivación para resolver en forma rápida y sin prueba, se verá trucidado el procedimiento abreviado. En **David G. Mangiafico.** Ob. Cit.

³² Surge la crítica del sistema a partir de la afirmación de que *se paga un precio caro por las exigencias de funcionalidad del proceso, ya que se produce una afectación clara de la teoría de la pena, y naturalmente, con ello van a verse afectados los fines a los que va dirigida la misma.* **Ampliar en Barona Villar, Silvia.** Ob. Cit. Págs. 113 y ss.

³³ **Luis Alfredo De Diego Díez.** Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos de derecho comparado en los Estados Unidos, Italia y Portugal. Tirant lo Blanc, Monografías. Nº 124. Año 1.999. Valencia. España. Págs. 142 y ss.

³⁴ **Luis Alfredo De Diego Díez.** Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos de derecho comparado en los Estados Unidos, Italia y Portugal. Tirant lo Blanc, Monografías. Nº 124. Año 1.999. Valencia. España. Págs. 150 y ss.

³⁵ Me parece oportuno extraer esta nota del **Tribunal Constitucional Italiano**, respecto del fin de la pena, de fecha 26 de junio de 1.990 que dice, en clara vinculación con las facultades de control del Juez, lo siguiente: *la necesidad constitucional de que la pena deba tender a reeducar, lejos de representar una simple tendencia genérica referida sólo al tratamiento penitenciario, indica, por el contrario, una de las cualidades esenciales y generales que caracterizan la pena en su contenido ontológico, y que la acompaña desde su nacimiento en la abstracta previsión normativa hasta que se extingue en concreto... como no ha de permitírsele al juez valorar su procedencia y cuantía?...*

³⁶ Sobre la evolución y orígenes del sistema procesal penal alemán puede verse **Claus Roxin.**

Strafverfahrensrecht. 20ª Edición. Beck. Munchen. , 1.987. Págs. 407 y ss. Y además **Gómez Colomer, J. L.** El proceso penal alemán. Introducción y Normas Básicas. Bosch. Barcelona. España, Año 1.985, págs. 30 y ss.

³⁷ **Puente Segura, Leopoldo.** La conformidad en el proceso penal español. Colex. Año 1.994. pág. 38 y 39.

³⁸ Enlazado con el aspecto práctico está el teórico, y como señala **Rönnau**, *que el proceso penal debe servir para conseguir la efectividad del derecho penal sustantivo, de tal forma que a través del mismo se pretende alcanzar la verdad. El encontrar la verdad en el proceso penal se consigue con alguna que otra dificultad, en la medida en que siempre que los hombres deciden sobre los hombres se puede conseguir tan sólo una verdad relativa, es decir, lo único que puede llegar a alcanzarse es el que el Juez llegue a una cierta convicción de que lo más justo es decidir o bien sobre una absolución o bien sobre la condena del sujeto frente al que se dirige el proceso. Este desencanto se basa en el hecho de que los instrumentos y materiales empleados no sirven para la reconstrucción total y verdadera de los hechos. La actividad probatoria en el proceso penal alemán va a asentarse en la prueba testifical, lo cual va a cuestionarse frente a otros medios probatorios basados en métodos físicos o químicos.* Ampliar en **Barona Villar, Silvia.** Ob. Cit. Págs 164 y ss.

³⁹ Para profundizar el aspecto normativo, ver **Barona Villar, Silvia.** Ob. Cit. Págs. 166 y ss.

⁴⁰ **Varona Villar, Silvia.** La conformidad en el proceso penal. Tirant lo Blac, monografías Nº 18. Año 1.994. Valencia. España. Págs. 179 y 180.-

⁴¹ **Rodríguez García, Nicolás.** El Consenso en el Proceso Penal Español. Bosch Editor. Barcelona. España, Año 1.997. Págs. 66, 67 y 68.

⁴² **Rodríguez García, Nicolás.** El Consenso en el Proceso Penal Español. Bosch Editor. Barcelona. España, Año 1.997. Págs. 70 y 71.

⁴³ **Rodríguez García, Nicolás.** El Consenso en el Proceso Penal Español. Bosch Editor. Barcelona. España, Año 1.997. Págs. 92 y 93.

⁴⁴ Sin embargo, opina **Gómez Orbaneja**, *que la confesión no se limita a hechos (premisa menor), sino que alcanza a la consecuencia jurídica, ya que el tribunal dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.* Esto daría la pauta, que al considerarse un medio de prueba (y comunmente así se la acepta y aplica), se habrían despejado ya muchas dudas en torno a la naturaleza jurídica.

⁴⁵ Opinión extrída de **Rodríguez García, Nicolás.** Ob. Cit. Págs. 110 y 111.

⁴⁶ Surgen muchas críticas en torno a la posibilidad de existencia de aplicación de criterios de oportunidad en el marco del debate oral. Es que en esta etapa, ya casi de finalización del proceso, no vale la pena, se dice. **Almagro Nosete**, afirma que *por encima de las discusiones acerca de la necesidad y conveniencia de introducir el principio de oportunidad en el proceso penal...parece que de hacerse, lo más conveniente sería llevarlo a cabo cuanto antes, en la fase de investigación mejor que en la fase de juicio oral.*

AUTOR: DAVID MANGIAFICO.

Mendoza, Argentina, 2002