

## Razón, derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio\*

Luigi FERRAJOLI

I. Quiero, en primer lugar, dar a Norberto Bobbio la bienvenida —o más bien el “buen retorno”— a su vieja Universidad de Camerino, en la que inició su dedicación a la enseñanza, hace ya más de sesenta años. En esta antigua, pequeña y apartada universidad, Bobbio enseñó Filosofía del derecho durante tres años, de 1935 a 1938, y precisamente en nuestra hermosa “Aula Scialoja”, como él mismo recuerda en la *Autobiografía* aparecida en estos días, dio —“tenso y lleno de ansiedad”— la primera clase de su vida<sup>1</sup>. Y es para todos un gran honor y una gran satisfacción tenerle hoy aquí entre nosotros, para rendirle este pequeño homenaje que su vieja Facultad quiere tributarle.

En la carta con que dio respuesta hace algunos meses a nuestra invitación, Bobbio nos hacía un reproche, por haberle caracterizado como “el intelectual italiano más ilustre e influyente de la segunda mitad de este siglo”. “¿No os parece —escribía— haber exagerado un poco en la motivación? El primero en no creerlo —proseguía la carta— soy yo. Cierto que he iniciado muchos caminos, pero no he recorrido ninguno hasta el final”.

Pues bien, yo pienso que justamente éste ha sido el mayor mérito de Norberto Bobbio y la razón principal de la extraordinaria influencia que ha ejercido —más que ningún otro, hay que decirlo— sobre tantas generaciones de estudiosos y en tantas disciplinas. El hecho de haber “iniciado”, es decir, abierto muchos caminos a la cultura italiana —a la filosofía y a la teoría general del derecho, a la metodología de la ciencia jurídica y a la lógica deóntica, a la filosofía política y a la sociología del derecho— sin haber cerrado ninguno.

No es fácil ilustrar todos estos, tantos y tan diversos, horizontes, abiertos por Bobbio a la cultura filosófica, jurídica y política de nuestro país en su larga e intensa vida de estudioso. No pienso siquiera intentarlo. De esta tarea se ocupará el encuentro sobre la obra de Bobbio que hemos organizado para hoy y mañana.

Yo me limitaré a señalar las que, a mi juicio, son las principales razones del papel innovador desarrollado por Bobbio en la cultura italiana de postguerra y, al mismo tiempo, de la fascinación que su fi-

gura ejerció sobre mí desde el momento en que le conocí, hace 34 años, en el ya lejano 1963. Estas razones son dos —una de método y la otra de fondo— y ambas justifican la caracterización de su magisterio como “neoilustrado”: sobre todo, el estilo intelectual por él acuñado; y, en segundo término, y en consecuencia, el nexo que él estableció por entre razón, derecho y democracia.

II. Ciertamente, la primera importante lección de Bobbio es la impartida con su “estilo de pensamiento”<sup>2</sup>, dictado por una concepción laica, antiideológica y antirretórica y, a la vez, civil y comprometida de la cultura. Una concepción de la cultura proveniente a su vez, por usar palabras del propio Bobbio, de un doble rechazo: del rechazo del “apoliticismo propio de la filosofía académica”, pero también de la “politicización que reduce la filosofía a servicio público”<sup>3</sup>; de la “evasión académica o retórica de las ideas”, pero también del modelo sartriano, como del gramsciano o más aún del zdanoviano del intelectual orgánico o de partido o de cualquier modo integrado en un frente ideológico al servicio de una parte política<sup>4</sup>. “Pocas cosas —escribía Bobbio en 1955, en la conclusión de su famosa polémica con Togliatti— hemos aprendido de la historia, maestra de vida, fuera de ésta: que las revoluciones se institucionalizan y al enfriarse se transforman en una costra maciza, que las ideas se condensan en un sistema de ortodoxia, los poderes en una forma jerárquica, y que lo único que puede dar vida al cuerpo social osificado es el hálito de la libertad, por lo que entiendo la inquietud del espíritu, la intolerancia frente a lo establecido, la aversión hacia todo con-

<sup>2</sup> D. Zolo, *Habeas mentem. Oltre il privatismo e contro i vecchi padroni*, en “Rivista di Filosofia”, LXXXVIII, 1, abril 1997, pág. 147. Sobre Bobbio como neoilustrado puede verse el excelente libro de A. Ruiz Miguel, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, en particular el cap. I. Cfr. también, más reciente, *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, ed. de A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1994, con escritos de N. Bobbio, G. Peces-Barba, G. Einaudi, A. Ruiz Miguel, R. Guastini, L. Prieto, A. Cal-samiglia, E. Pattaro, A. E. Pérez Luño, R. de Asís, M. Bovero, E. Fernández, E. Díaz, L. Hierro, J. De Lucas, A. Squella.

<sup>3</sup> N. Bobbio, *L'impegno dell'intellettuale ieri e oggi*, en “Rivista di Filosofia”, LXXXVIII, 1, abril 1997, pág. 13, donde Bobbio vuelve sobre estas tesis, ya expuestas en su intervención en el seminario organizado en Turin los días 3 y 4 de junio de 1953 por Nicola Abbagnano, y que a su vez son reelaboración y desarrollo del artículo *Politica culturale e politica della cultura* (1952), en *Politica e cultura*, Turin, Einaudi 1995, págs. 32 y ss.

<sup>4</sup> *L'impegno dell'intellettuale cit.*, págs. 11-12.

\* *Laudatio* de Norberto Bobbio, con motivo de la concesión del doctorado *honoris causa* en Derecho. Universidad de Camerino (Italia), 29 de mayo de 1997.

<sup>1</sup> N. Bobbio, *Autobiografía*, ed. de A. Papussi, Laterza, Roma-Bari 1997, pág. 36.

formismo, que exige una mente sin prejuicios, y energía de carácter<sup>6</sup>.

Durante más de medio siglo, Norberto Bobbio ha personificado mejor que nadie este papel del hombre de cultura, transmitiéndonos eso que él mismo ha llamado el "equipaje" de los "frutos más sanos de la tradición intelectual europea: la inquietud de la búsqueda, el aguijón de la duda, la voluntad de diálogo, el espíritu crítico, la mesura en el juicio, el escrúpulo filológico, el sentido de la complejidad de las cosas"<sup>7</sup>. En el clima de enfrentamiento de posiciones ideológicas propio de la postguerra, este modelo intelectual comportaba una invitación y un compromiso de diálogo, y a la vez un esfuerzo de mediación: donde "mediación —son también palabras de Bobbio— no quiere decir síntesis abstracta, mirada olímpica, desapego mágico, sino mirarlo todo con el interés del más ferviente de los espectadores y al mismo tiempo con el desinterés del más riguroso de los críticos"<sup>8</sup>; en suma, no significa distanciamiento o indiferencia, sino confrontación racional, basada en la independencia de juicio y en la honestidad intelectual, sin certezas apriorísticas o soluciones preconstituidas.

Esta concepción de la cultura y este método de pensamiento —explícitamente elaborados y proyectados en la inmediata postguerra en una serie de intervenciones recogidas en ese ensayo de pedagogía civil que fue *Política e cultura* (1955)— representaban una novedad en la cultura filosófica italiana. Si comparamos a Norberto Bobbio con el que fue el máximo intelectual italiano de la primera mitad de este siglo, Benedetto Croce, descubriremos, sin duda, muchos rasgos comunes: la autoridad intelectual, una cultura y una erudición extraordinarias en los más diversos campos del saber, una ilimitada producción filosófica, la misma conciencia de la responsabilidad cívica del hombre de cultura<sup>9</sup>,

<sup>6</sup> N. Bobbio, *Libertà e potere* (1955), en *Política e cultura*, cit. pág. 280. "El deber de los hombres de cultura", había escrito Bobbio al comienzo de su *Invito al colloquio* de 1951, "es hoy más que nunca sembrar dudas, y no recoger certezas... Cultura significa medida, ponderación, circunspección: valorar todos los argumentos antes de pronunciarse, controlar todos los testimonios antes de decidir, y no pronunciarse y no decidir nunca a guisa de oráculo del que dependa, de manera irrevocable, una opción perentoria y definitiva" (en *Política e cultura*, cit., pág. 15).

<sup>7</sup> *Libertà e potere*, cit., pág. 281.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Se puede perfectamente repetir para Bobbio lo que el escribió en 1953 a propósito de Benedetto Croce: "Entre todos los problemas relativos a la política que se asomaron a la mente de Croce en su larga vida... el problema de la política de la cultura fue el que sintió con más profundidad, con toda su conciencia de docto que es docto antes de ser hombre práctico o político, pero que al mismo tiempo tiene un altísimo sentido de la responsabilidad cívica del docto, cuando no sea un árido erudito, de la función rescatadora de la filosofía, cuando no sea academicismo, verbalismo o virtuosismo de las ideas abstractas. Y sintió este problema de manera tan profunda que no sólo se detuvo en él para teorizarlo, sino que las distintas actitudes políticas que asumió estuvieron constantemente acompañadas o sostenidas por una consideración general de la función política de los intelectuales y son reconducibles y fueron por el conscientemente reconducidas a actitudes de política de la cultura más que de política militante" (*Croce e la politica della cultura* (1955), en *Política e cultura*, cit., pág. 101. En *Perfil ideológico del Novecento italiano*, (1968), Einaudi, Turín 1986, pág. 172, Bobbio señala, no obstante, una diferencia entre la concepción crociana de la relación entre política y cultura y la que informó la "renovación cultural" de la segunda postguerra: "La máxima en la que, en los primeros años del siglo, se había inspirado Croce,

el papel de "maestros de vida moral", como el mismo Bobbio ha llamado a Benedetto Croce<sup>9</sup>. Pero las diferencias son todavía más numerosas: no sólo en el plano filosófico —Croce idealista, Bobbio anti-idealista, crecido en el ambiente positivista de Turín—, sino sobre todo en lo relativo a lo opuesto del papel ejercido por cada uno de ellos en la cultura italiana. Croce, junto a Gentile, fue responsable de un largo proteccionismo cultural, por haber excomulgado totalmente algunos planteamientos filosóficos y descalificado por completo algunas disciplinas. Por el contrario, Bobbio ha tenido el mérito de desprovincializar la cultura italiana, importando nuevas corrientes filosóficas, promoviendo el desarrollo de disciplinas nuevas o abandonadas —desde la lógica a la filosofía de la ciencia, de la sociología a la ciencia política— restableciendo los contactos interrumpidos con la cultura europea. Y opuestos son también los dos modelos de intelectual que personifican: el crociano y gentiliano del intelectual depositario de la verdad y "mentor de la nación"<sup>10</sup> y el bobbiano del intelectual aguijoneado por la duda, consciente de los propios límites y más aún de los límites de la filosofía, animado por la voluntad de diálogo y la ética de la búsqueda. "Estamos necesitados de positividad. Estamos cansados de retórica", escribía Bobbio en su primer ensayo escrito tras la Liberación, *Filosofía e cultura*: "Sólo una actitud de aceptada mortificación frente a las tareas desmesuradas de una investigación positiva, nos puede devolver a la vía del pensamiento constructivo"; o sea, de "un saber riguroso y libre de prejuicios, que no permita el revoloteo de los ideólogos, las zancadillas de los metafísicos, ni las mentiras de los retóricos; a una filosofía que no tenga prisa, no se invente lo que no puede conocer, que, sobre todo, reconozca sus propias limitaciones, retorne a la experiencia, y no se zambulla de cabeza en la tradición por miedo a lo que pueda encontrarse"<sup>11</sup>.

Se comprenderá, así, cómo el estilo de pensamiento promovido por Bobbio no fue sólo fruto de esa "agitación del espíritu", del "aborrecimiento de todo conformismo", del rechazo de cualquier dogmatismo, de la inagotable curiosidad intelectual que siempre ha sostenido su opción neoilustrada por el diálogo y la discusión. Fue todo uno con la búsqueda de nuevos caminos —de esos "tantos caminos"

para quien el único modo de hacer cultura un intelectual es hacer cultura, fue sustituida por esta otra: el único modo de hacer cultura es hacer política, contribuyendo a transformar la sociedad, desde el momento en que o la cultura sirve para transformar la sociedad, es también ella misma un instrumento revolucionario, o bien es un pasatiempo inútil".

<sup>9</sup> N. Bobbio, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, Turín 1996, pag. 63. (Hay trad. española, *De senectute y otros escritos autobiográficos*, de E. Benítez, Taurus, Madrid 1997)

<sup>10</sup> Bobbio usa esta expresión para referirse sólo a Gentile (*ibidem*, págs. 65-66).

<sup>11</sup> En "Rassegna d'Italia", I, nº 8, agosto 1946, págs. 117-125 (cit. por el propio Bobbio en *Prefazione a Una filosofía militante. Studi su Carlo Cattaneo*, Einaudi, Turín 1971, pág. VIII). En el mismo ensayo Bobbio expresaba "la aspiración a un saber riguroso y libre de prejuicios, que no permita el revoloteo de los ideólogos, las zancadillas de los metafísicos, ni las mentiras de los retóricos; a una filosofía que no tenga prisa, que no se invente lo que no puede conocer, que, sobre todo, reconozca sus propias limitaciones, retorne a la experiencia, y no se zambulla de cabeza en la tradición por miedo a lo que pueda encontrarse" (*ibidem*)

de los que habla en la carta que he citado al comienzo— que para el joven Bobbio era la tarea más urgente de los intelectuales tras la catástrofe de la guerra y el largo silencio de la cultura durante el fascismo. Desde este punto de vista, muy bien podemos decir que Norberto Bobbio ha sido el “filósofo de la reconstrucción”<sup>12</sup>. Y “reconstrucción” quería decir, como el propio Bobbio ha escrito en su *Perfil ideológico del noveciento italiano*, “la ampliación de los horizontes mucho más allá de las fronteras nacionales” y “una nueva conciencia del papel del intelectual en nuestra sociedad”<sup>13</sup>.

Norberto Bobbio, con su ilimitada producción<sup>14</sup>, ha sido uno de los máximos y, quizá, el máximo protagonista de esta obra de reconstrucción, puesta al día y desprovincialización. Gracias a él y a otros filósofos de su generación, como Ludovico Geymonat, Nicola Abbagnano, Antonio Banfi, Giulio Preti, Enzo Paci, Cesare Luporini, Galvano Della Volpe, Renato Treves y Uberto Scarpelli, se importaron en Italia el existencialismo, la fenomenología, la filosofía analítica, la filosofía de la ciencia, el neopositivismo lógico, el pragmatismo y los marxismos heterodoxos (a comenzar por el del joven Marx), así como materias enteras hasta entonces casi ignoradas, como la lógica, la metodología de las ciencias empíricas, la antropología y la sociología.

III. Pero Bobbio ha sido siempre y sobre todo un filósofo del derecho: un estudioso de esa filosofía menor —mejor, de esa pseudofilosofía en torno a un “pseudoconcepto”, según la conocida descalificación de Benedetto Croce— que es la reflexión teórica y filosófica sobre el derecho. Por eso, la tarea de la reconstrucción iba de la mano del esfuerzo reconstructivo y de refundación de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho asignado a la razón en el momento del nacimiento de la democracia italiana. Y, para Bobbio, tras una época marcada por el dominio de las metafísicas idealistas y espiritualistas y en años de confrontaciones ideológicas y de fugas irracionales, la filosofía analítica, la lógica, la filosofía de la ciencia, el neopositivismo y el utilitarismo ingleses y, en el plano teórico, el normativismo kelseniano, fueron instrumentos de la razón.

Así, en su escuela, a partir del clásico ensayo de 1950, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, verdadero manifiesto programático, se formó una nueva corriente de la filosofía del derecho, que fue a romper con la tradición metafísica que hasta entonces había separado a la filosofía jurídica de la ciencia del derecho y de la práctica judicial, orientando su esfuerzo de estudio al análisis teórico de los conceptos jurídicos en los usos de los jueces y de los juristas, a los métodos de construcción y de

control, a la lógica de los razonamientos jurídicos, al papel pragmático, es decir, cívico y político, además de explicativo, de la teoría del derecho. Y aquí el recuerdo no puede dejar de llevarme hasta dos extraordinarios alumnos de Bobbio, a la vez maestros de todos nosotros, prematuramente desaparecidos, que, tan distintos uno del otro, ambos nos han enseñado no sólo la fecundidad metodológica del análisis lingüístico sino también la dimensión política de la ciencia jurídica y del papel del jurista. Me refiero a Uberto Scarpelli, que junto a Bobbio llevó a cabo los primeros estudios de análisis del lenguaje jurídico, semántica del lenguaje normativo y metodología de la ciencia jurídica; y a Giovanni Tarello, a quien se debe la crítica más lúcida y corrosiva de las operaciones ideológicas y políticas realizadas por la doctrina jurídica tras el manto de la cientificidad y la neutralidad valorativa.

Así, pues, la filosofía analítica italiana del derecho nació y creció, en torno a Bobbio, en los años cincuenta y sesenta, y se dio a conocer en Italia y en Europa esencialmente como “la escuela de Bobbio”. Todos los años —como recordarán muchos de los colegas menos jóvenes aquí presentes— nos reuníamos quince o veinte personas en el Instituto de filosofía del derecho de Turín, en los que llamábamos “los seminarios de San José”, porque tenían lugar en la festividad del 19 de marzo. Y me gusta recordar el último de ellos, celebrado, precisamente, aquí en Camerino, el 19 de marzo de 1971, por iniciativa de Sandro Baratta y mía, y la animada discusión con Bobbio durante tres días en torno a la tesis de Giovanni Tarello, que entonces sonó a provocación, de que las normas jurídicas “no existen”, por no ser ellas el “objeto” sino el “producto” de la interpretación y de las manipulaciones de los juristas, y, por otro lado, aquella otra no menos viva sobre la *vexata quaestio* de la posible o imposible neutralidad valorativa de la ciencia jurídica.

Pero, más allá de los disensos, era el estilo de pensamiento que Bobbio nos había enseñado lo que constituía y, espero, que seguirá constituyendo el rasgo común de nuestra pequeña comunidad ius-analítica, junto a un segundo y asimismo importante factor: el programa —señalado por Bobbio como tarea de la filosofía jurídica<sup>15</sup>— de la reflexión sobre

<sup>12</sup> *Teoria della scienza giuridica*, Giapicchelli, Turin, págs. 7-8. donde la investigación sobre el método jurídico viene indicada como la segunda tarea de la filosofía del derecho, después de la reflexión sobre la justicia. Sobre Bobbio teórico y metateórico del derecho, cfr. R. Guastini, *Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto*, I, 1949-1960, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 8, I, 1978, págs. 293-356; id., *Norberto Bobbio teórico del diritto*, II, 1961-1965, *ibidem*, 9, 1979, págs. 523-541; id., *Norberto Bobbio teórico del diritto*, III, 1966-1980, *ibidem*, 10, 1980, págs. 483-508; A. Ruiz Miguel, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, cit.; *El método de la teoría jurídica de Bobbio*, en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milán 1983, págs. 387-411.; P. Borsellino, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, Giuffrè, Milán 1983; id., *Norberto Bobbio metateórico del diritto*, Giuffrè, Milán 1991. Véanse también E. Pattaro, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, (1972), en *Diritto e analisi del linguaggio*, U. Scarpelli (ed.), Edizioni di Comunità, Milán 1976, págs. 451-487; M. Jori, *Il giuspositivismo analítico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milán 1987; M. A. Barrere Unzueta, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid 1990; J. Oliveira Junior, *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*, Fabris, Porto Alegre 1994.

<sup>13</sup> Como “pensamiento que optaba por la ‘reconstrucción’”, define Andrea Greppi el pensamiento de Bobbio en los momentos posteriores a la Liberación, en su tesis de doctorado, *Pensamiento político de Norberto Bobbio*, pág. 91, de próxima publicación.

<sup>14</sup> *Perfil ideológico del Novecento italiano*, cit., pág. 166.

<sup>15</sup> Véase la última bibliografía de los escritos de Bobbio, que recoge unos 2.000 títulos, *Bibliografía degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993*, ed. de Carlo Violi, Laterza, Roma-Bari 1993, 489 páginas.

el método de la ciencia jurídica, el análisis clarificador de ese particular universo lingüístico que es el derecho positivo, la denuncia y la superación de las antinomias y las lagunas del derecho sobre la base del derecho mismo y las promesas incorporadas en sus principios constitucionales, del control racional, en fin, de las operaciones metalingüísticas realizadas sobre él por los juristas y los operadores jurídicos, ya sean legisladores, jueces o funcionarios administrativos.

IV. Así, llego a la segunda y no menos importante lección de Norberto Bobbio: el nexo que siempre ha ligado, en su pensamiento, razón, derecho y democracia.

Ha sido frecuente dividir la vida intelectual de Bobbio en dos fases: la de la filosofía jurídica y la teoría general del derecho y la de la filosofía política y la teoría de la democracia. Esta interpretación es ciertamente veraz si se considera la biografía académica e intelectual de Bobbio, que en 1972 dejó la enseñanza de la Filosofía del derecho por la de la Filosofía política y se dedicó desde entonces a los estudios politológicos más que a los filosófico-jurídicos. Pero, a mi juicio, se trata de una división extrínseca, dado el estrecho vínculo que siempre ha ligado, en el pensamiento de Bobbio, a derecho y democracia, teoría del derecho y filosofía política.

En efecto, para Bobbio la democracia es una construcción jurídica y el derecho es el instrumento necesario para modelar y garantizar la democracia. Y, más aún, el derecho es una construcción racional y la razón —la *artificial reason* de Hobbes— es el instrumento necesario para elaborar el derecho. Por eso, Hobbes y Kelsen son los dos principales autores de Bobbio: porque el derecho es fruto de la razón, como para Hobbes, y la democracia y la paz, como para Kelsen, son un producto del derecho. “Derecho a través de la razón”, “democracia y paz a través del derecho”, podríamos decir, parafraseando, a propósito de Bobbio, el título del libro *La paz a través del derecho*, escrito por Kelsen en 1944.

Hay un pasaje hermosísimo de Bobbio, en su *Introducción* de 1948 al *De cive* de Hobbes, que expresa del modo más lúcido ese nexo por él instituido entre derecho y razón: “la filosofía civil, como la geometría”, escribe Bobbio a propósito de Hobbes, “dirige el propio conocimiento a un objeto producido por nosotros mismos”. Y, “¿en qué sentido se puede decir que nosotros producimos el objeto de la filosofía civil o, con las mismas palabras de Hobbes, formamos el Estado? El Estado, responde Hobbes, no es por naturaleza sino por convención. Precisamente, porque da satisfacción a una exigencia elemental del hombre, son los mismos hombres lo que lo quieren”<sup>16</sup>. Por esto la teoría bobbiana del derecho, como antes la teoría hobbesiana del Estado, es una “teoría de razón”, o sea, como afirmó Bobbio desde un ensayo de 1949, una “teoría formal”<sup>17</sup> —axiomatizable,

se podría añadir— como lo son la matemática y la geometría.

Pero hay un segundo sentido, no menos importante, en el que el derecho y la paz son producto de la razón. En cuanto, prosigue el pasaje de Bobbio, “los hombres son guiados a fundar el Estado por un razonamiento: mientras la guerra es el producto de una inclinación natural, la paz es un dictamen de la recta razón, es decir, de la facultad que permite al hombre recabar ciertas consecuencias de ciertas premisas o remontarse a los principios a partir de ciertos datos de hecho”. Por eso, añade Bobbio, “la obra hobbesiana... es ya de por sí un acto de confianza en la racionalidad humana. Hobbes está convencido de la fuerza persuasiva del buen razonamiento... Por tanto él no se preocupa de saber si los hombres primitivos fueron capaces alguna vez de seguir el raciocinio hasta ponerse de acuerdo sobre la constitución del Estado; los individuos a los que habla son sus contemporáneos o, mejor, sus conciudadanos, desviados por falsas doctrinas, y el estado de naturaleza del que deben salir es la abierta lucha religiosa y política de su patria, bajo cuyo fuego se incubaba la guerra civil. Es a ellos a los que quiere explicar que el Estado es el producto de los hombres mismos, y, más precisamente, de la voluntad de los hombres en cuanto seres racionales; o, si se quiere, de la voluntad racional del hombre”<sup>18</sup>.

Tres siglos más tarde, en 1948, después de concluida la guerra más sangrienta de la historia humana, también Bobbio habla a sus conciudadanos, pensando en la nueva Italia republicana, en la democracia por construir, en la paz que era preciso defender y garantizar. Y también Bobbio quiere explicar a éstos que el derecho es una construcción humana, de nuestra entera responsabilidad: como filósofos, como juristas, como ciudadanos; y que también lo es la democracia, por tratarse de una construcción jurídica además de social. Puesto que el derecho y el Estado no son entidades naturales, sino artificios y, por consiguiente, son como los quehemos y, antes aún, como los pensamos. Y la democracia, a su vez, es antes que nada, según la clásica definición de Bobbio, “un conjunto de reglas (las llamadas reglas del juego) que permiten la más amplia y segura participación de la mayor parte de los ciudadanos... en las decisiones políticas”<sup>19</sup> y por eso “la solución de los conflictos sociales con el

*Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín 1955, págs. 5 y ss. La misma caracterización de la teoría del derecho vuelve a proponerse en *La teoria pura del diritto e i suoi critici* (1954), *ibidem*, págs. 96 y ss. y en *Formalismo giuridico e formalismo etico* (1954), *ibidem*, págs. 145 y ss.

<sup>16</sup> N. Bobbio, *Introduzione cit.*, págs. 24-25.

<sup>17</sup> N. Bobbio, *Quali alternative alla democrazia rappresentativa?* (1975) en *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Einaudi, Turín 1976, pág. 42. (Hay trad. española: *¿Qué alternativas a la democracia representativa?*, del Dpto. de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, como capítulo II del artículo más amplio titulado *Democracia representativa y teoría marxista del Estado*, en “Sistema”, nº 16, enero de 1977. La misma versión se encuentra incluida en *El marxismo y el Estado*, de varios autores, Editorial Avance, Barcelona 1977, págs. 49 y ss. Y en *¿Qué socialismo? Discusión de una alternativa*, en trad. de J. Moreno, Plaza y Janés, Barcelona 1977, págs. 83 y ss.).

<sup>18</sup> N. Bobbio, *Introduzione* a T. Hobbes, *Opere politiche*, ed. de Norberto Bobbio, I, Utet, Turín 1959, pág. 23.

<sup>17</sup> Francesco Carnelutti, *teórico generale del diritto* (1949), en

máximo consenso<sup>20</sup>, “sin necesidad de recurrir a la violencia recíproca”<sup>21</sup>.

De este modo, la filosofía política de Bobbio se liga con su filosofía jurídica y con su concepción de la cultura y del papel político del intelectual. Y se comprende por qué la filosofía de Bobbio ha sido siempre una “filosofía militante”, como dice el hermoso título de su colección de ensayos sobre Carlo Cattaneo, otro de sus “autores”: es decir, una “filosofía socialmente comprometida”, aunque “por encima de la confusión”, ajena a los “integrismos de iglesia y de partido”, consciente de sus limitaciones pero también —son siempre palabras de Bobbio— de su propia “función de crítica y de estímulo de las instituciones” y de su “misión reformadora”<sup>22</sup>.

Yo creo que, hoy, esta doble apelación de Bobbio a la razón y al derecho como instrumentos de construcción y de garantía de la paz y de la democracia es más que actual. Ciertamente —frente a la crisis que atraviesan en Italia nuestra democracia y nuestras instituciones, y, por otra parte, ante las gigantescas mutaciones inducidas a escala planetaria por la globalización, la emergencia de nuevos poderes (financieros, mediáticos, tecnocráticos) que escapan a los tradicionales controles políticos y jurídicos, así como a la vista de esa “revolución permanente” que, como ha escrito Bobbio, es el progreso técnico-científico en “contradicción dramática” con nuestro persistente y tal vez creciente “analfabetismo moral”<sup>23</sup>— no podemos abrigar ninguna certeza sobre el futuro de la paz y de la democracia. No podemos saber, como Bobbio mismo nos advierte en el *Congedo* con que se cierra su *Autobiografía*, “en qué sentido está destinada a proceder”<sup>24</sup> la historia humana: si hacia un crecimiento de las desigualdades, el hambre, la marginación, la

opresión y la apatía política, o hacia formas de democracia internacional fundadas en la garantía de la paz y de los derechos humanos frente a los Estados y a tantos otros poderes viejos y nuevos.

Hay, no obstante, una cosa que nos ha enseñado la historia de este siglo: que en la construcción de la democracia no existen alternativas al derecho, y que en la construcción del derecho no existen alternativas a la razón. “Si no hubiéramos aprendido del marxismo —escribía Bobbio hace cuarenta años— a ver la historia desde el punto de vista de los oprimidos, ganando una nueva inmensa perspectiva sobre el mundo humano, no nos habríamos salvado. O habríamos buscado refugio en la isla de nuestra interioridad privada o nos habríamos puesto al servicio de los viejos patronos”<sup>25</sup>. Pero el fracaso histórico de aquella gran esperanza del siglo que fue el comunismo es hoy una confirmación de la enseñanza de Bobbio sobre el nexo entre derecho y democracia: puesto que ese fracaso se debió en grandísima medida, precisamente, al desprecio del derecho —y de los derechos— como técnica de limitación, control y regulación del poder; en otras palabras, al prevalecimiento de la antigua y recurrente tentación que es el “gobierno de los hombres” en lugar del “gobierno de las leyes”.

Todos somos deudores de Norberto Bobbio por esta enseñanza, a la que ha dedicado, con pasión y rigor, toda su vida de filósofo militante. Y es de esta deuda de agradecimiento de la que hoy, profesor Bobbio, su antigua Facultad quiere dejar constancia, confiriéndole el doctorado *ad honorem* en Derecho.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ).

<sup>20</sup> Id., *Le regole del gioco* (1981), en *L'utopia capovolta*, Edizione La Stampa, Turín 1990, pág. 103.

<sup>21</sup> Id., *Morale e politica*, en “Nuova Antologia”, 566, 1991, fasc. 2179, pág. 79. Sobre la concepción bobbiana de la democracia como conjunto de reglas del juego, véase P. Meaglia, *Bobbio e la democrazia. Le regole del gioco*, Edizioni cultura della Pace, San Domenico di Fiesole, 1994.

<sup>22</sup> N. Bobbio, *Una filosofía militante*, cit., págs. VIII-IX.

<sup>23</sup> Id., *Autobiografía* cit., págs. 258 y 260.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 257.

<sup>25</sup> *Libertà e potere*, cit., pág. 281.

# El nuevo proceso penal de Costa Rica

José Ricardo DE PRADA SOLAESA

Por Ley nº 7594 de 28 de marzo de 1996 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica publicada en el Alcance nº 31 a "la Gaceta" Nº 31 de 4 de junio de 1996 se aprobó el nuevo Código Procesal Penal, cuya entrada en vigor está prevista, según establece el artículo 472 y último de su articulado, el próximo día 1 de enero de 1998.

Este nuevo Código Procesal Penal (NCP) supone, al menos en el plano legislativo, importantes cambios en el sistema enjuiciamiento penal hasta ahora vigente en Costa Rica, que en la actualidad viene constituido por Código Procesal Penal, Ley nº 5377 del 19 de octubre de 1973 y leyes posteriores que lo adicionaron y reformaron y a quien viene a sustituir. Con él se pretende el paso de un sistema mixto como el actual<sup>1</sup> a un proceso de estructura acusatoria que, podríamos decir, sigue, a grandes rasgos, los principios del acusatorio puro dibujados en el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica de 1988<sup>2</sup>.

Este intento de crear un proceso penal, aunque no plenamente, si, como se ha afirmado, marcadamente acusatorio se manifiesta sobre todo en la fase inicial o de investigación preparatoria o preliminar, que sustituye a la Instrucción formal del anterior y que se encomienda al fiscal.

Se estructura, por tanto, el nuevo proceso en tres fases perfectamente diferenciadas: fase inicial de investigación o procedimiento preparatorio; fase o procedimiento intermedio de control de la acusación y admisión de prueba por medio de la audiencia preliminar; y tercera fase de juicio oral y público por un Tribunal de jueces profesionales. Este Ministerio Público, aunque formalmente integrado en el Poder Judicial<sup>3</sup>, no tiene funciones jurisdiccionales propiamente dichas<sup>4</sup> ya que éstas, como tales, vienen

encomendadas al juez de la fase preparatoria, que es, a su vez, diferente del de la etapa intermedia y, por su puesto, del de la de enjuiciamiento y que actúa como Juez de garantías con funciones específicas atribuidas legalmente —art. 293— en materia de restricción de derechos fundamentales y de preconstitución de pruebas —anticipo jurisdiccional de prueba— en relación a actos definitivos e irreproductibles realizados en esta fase de investigación preliminar o cuando haya de preservarse prueba que corre peligro.

Sin embargo, y como se tendrá ocasión de analizar después, la vigencia del principio acusatorio puede quedar seriamente en entredicho en la fase de enjuiciamiento al quedar en la nueva regulación residuos de potestades inquisitivas en manos del Tribunal encargado de enjuiciamiento que, dependiendo como se interpreten y en que sentido y grado se utilicen, pueden trastocar definitivamente el procedimiento convirtiéndolo en fuertemente inquisitivo en el momento decisivo si por parte de los operadores jurídicos encargados de ponerlo en funcionamiento no se asume el radical cambio de filosofía que parece haber querido el legislador costarricense, dando al traste con los aspectos más benéficos de la reforma; siendo éste, sin duda, y aunque no el único, uno de los aspectos más criticables del nuevo Código. Puede decirse que el legislador no ha conseguido acertar a hacer, quizá por temor o desconfianza en la calidad de su Ministerio Público, una nueva regulación en la que quede definitivamente claros los papeles de los intervinientes en el proceso, sobre todo de los jueces en la fase de enjuiciamiento, de tal manera que se mejore la situación actual en la que con frecuencia el Tribunal de juicio acude sin rubor a la búsqueda de la prueba necesaria para la condena en los casos en que ésta no ha sido eficazmente aportada por el fiscal, quien en muchos casos actúa de forma indolente sabedor de que en su papel acusador va a ser sustituido por un Tribunal beligerante, abiertamente implicado en la búsqueda de la verdad material en interés de la justicia y de que sus posibles deficiencias acusatorias no van a tener consecuencias en el resultado ya que serán, sin duda, ampliamente corregidas por el Tribunal, produciéndose, con frecuencia, una confusión de papeles que se autoalimenta con la práctica del día a día y que se acrecienta ante la falta de un planteamiento riguroso de las funciones de cada parte en el proceso.

<sup>1</sup> El CPP vigente en la actualidad de 1973-75 sigue el modelo del Código de 1939 de la provincia argentina de Córdoba atribuyéndose su elaboración a los profesores Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler.

<sup>2</sup> Elaborado por Bemal, De la Rúa, Pellegrini y Maier.

<sup>3</sup> El Ministerio Público costarricense no es un órgano constitucionalizado. Por el contrario, si aparece como un órgano adscrito al Poder Judicial que ejerce sus funciones en el ámbito de la justicia penal y con sujeción a lo dispuesto en la Constitución política y las leyes (art. 1 de la LOMP). Actualmente el nombramiento del Fiscal General de la República recae en la Corte Plena por tiempo indeterminado. Los fiscales son nombrados por el Fiscal General con aprobación del Consejo Superior del Poder Judicial. A partir de 1998 será nombrado por una mayoría del total de la Corte Plena por períodos de cuatro años con posibilidad de reelección por períodos iguales.

Juan-Luis Gómez Colomer llama la atención en una Nota a pie de página de su trabajo sobre "La Instrucción del Proceso Penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado" publicado en la Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica "Ciencias Penales" nº 13 (pág. 45), sobre el dato, que estima muy importante para observar las posibilidades reales de actuación del Ministerio Público en Costa Rica y del Poder Judicial en general, de que éste, de acuerdo con el artículo 177, II de la Constitución Política de 1949, dispone de al menos el 6 % del presupuesto de la República.

<sup>4</sup> En este breve estudio sobre el nuevo proceso penal de la República de Costa Rica expresamente se va a eludir entrar en

debates sobre ciertos aspectos tradicionalmente polémicos ya que con ello se excedería con mucho del objeto mayormente descriptivo del mismo.

En el aspecto que nos ocupa se omite hacer expresa mención a la naturaleza, para unos meramente administrativa, para otros siempre jurisdiccional, de la investigación penal cuando esta es llevada por otro sujeto distinto del Juez de Instrucción. Al respecto vide: Andrés, Perfecto; "Ni fiscal instructor, ni Habermas procesalista", en *Jueces para la Democracia. Información y debate* nº 16-17, 2-3/1992, págs. 46 y ss

Otro de los aspectos más destacable y quizá también discutible es la introducción, no obstante de la vigencia del principio de legalidad, de la oportunidad, si bien de forma reglada, en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público (art. 22 NCPP). Como elemento correctivo, sin embargo, el fiscal no tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública, dado que también se confiere esta posibilidad a la víctima mediante el ejercicio de la acusación particular. Igualmente, en relación a determinados delitos<sup>5</sup>, cabe la acción popular que incluso en el caso de delitos que afecten a intereses colectivos o difusos puede ser ejercitada por personas jurídicas vinculadas a esos intereses<sup>6</sup>.

En esta misma línea merece ser resaltada la, en general, preocupación mostrada por el legislador por la víctima a la que se da amplia entrada y participación en el procedimiento con variados derechos de intervención y ello aunque no haya ejercido la acusación particular y no sea formalmente parte, siendo incluso oída al final del juicio oral al dársele una especie de derecho a la penúltima palabra. Sin embargo, por contra, el Ministerio Público sólo entablara la acción civil cuando de forma expresa le delegue el ofendido tal acción y también en el supuesto de que la víctima sea menor o incapaz y ello a través de una oficina especializada en la defensa civil de las víctimas.

Cabe, por último, para concluir estos aspectos meramente introductorios, indicar que junto con el procedimiento ordinario cuya regulación de forma sintética se expondrá a continuación se regulan en el NCPP otros procedimientos especiales tales como el procedimiento abreviado, el procedimiento para asuntos de tramitación compleja, el procedimiento por delito de acción privada, el procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad, el procedimiento para juzgar a los miembros de los supremos poderes y el procedimiento para juzgar las contravenciones.

## PROCEDIMIENTO ORDINARIO

### 1. Procedimiento preparatorio o fase de investigación preliminar por parte del Ministerio Fiscal

Señala el nuevo CPP que constituye la finalidad del procedimiento preparatorio determinar si existe base para el juicio mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y la defensa del imputado. Corresponde al Ministerio Público practicar las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional —art. 290 CPP— en los de-

litos de acción pública, para ello el Ministerio Público formara un legajo de investigación con el fin de preparar su requerimiento —art. 275 CPP—<sup>7</sup>.

Se prevé que el Fiscal este auxiliado en esta labor de investigación por la Policía Judicial (Organismo de Investigación judicial —OIJ—, etc.) que actuará bajo la dirección y control del Fiscal (dependencia funcional) —arts. 67 y ss y 283 y ss— pero sin dependencia orgánica de éste<sup>8</sup>.

El nuevo CPP profundiza en la diferenciación de funciones en esta Primera Fase<sup>9</sup>, distinguiendo entre lo que son específicas actividades de investigación que podrían calificarse como de naturaleza administrativa (desde luego no jurisdiccional en sentido estricto) y que como tales no tendrían nunca valor probatorio para fundar la condena del acusado, de las jurisdiccionales propiamente dichas, tales como: los anticipos jurisdiccionales de prueba y actos que afecten a derechos fundamentales —arts. 293-8—, la resolución de excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, la adopción de medidas cautelares personales y reales, el otorgamiento de autorizaciones y la realización en sí misma del allanamiento y registro de morada o lugar habitado y, en general, el control del cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución Política, incluida la duración del procedimiento.

El legislador parece que trata de evitar la mezcla entre una y otra funciones en lo que resulta una clara apuesta por el sistema acusatorio.

Surgen dudas, no obstante, en relación a determinados actos que en principio el NCPP atribuye indistintamente al juez y al fiscal, incluso a la policía, y que podrían afectar a derechos fundamentales, tales como la inspección corporal —art. 188—, la requisa —art. 189— y el registro de vehículos —190—<sup>10</sup>. La única interpretación constitucional y no contradictoria posible es que dichos preceptos se refieren exclusivamente a actos de inspección puramente externos que no lleguen a ser realmente afectantes de derechos fundamentales (comprobación de tatuajes, cicatrices o características físicas que no requieran ninguna clase de intervención ni siquiera la desnudez completa, etc.) o urgentes en los mismos casos de los allanamientos sin orden del artículo 197 y no

<sup>7</sup> Los términos en que esta redactado el artículo 275 del NCPP han determinado cierta polémica con respecto a cual debe ser el contenido del legajo de Investigación, si sólo debe contener los documentos que puedan ser incorporados al debate o si por el contrario éste sería el contenido mínimo o necesario debiendo contener además todos aquellos actos de investigación que resulten relevante sin que pueda ocultarse ninguno a la defensa. Existe opinión común de que no serían contenido de este legajo las notas sobre estrategia de investigación, etc., que el fiscal llevaría reservadamente

<sup>8</sup> La Policía Judicial tiene, en principio, una capacidad de iniciativa en la investigación limitada ya que dentro de las seis horas siguientes a su primera intervención tienen la obligación de informar al fiscal.

<sup>9</sup> El artículo 277 "in fine" del CPP establece que los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas en el Código, no podrán realizar actos de investigación.

<sup>10</sup> La Sala Constitucional ha considerado en diversos votos que dichos actos afectan a derechos fundamentales incluido el registro de vehículos (ad ex. 4693-93, 3013-94, 2320-95, 5790-96 etc.).

<sup>5</sup> Delitos cometidos por funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos o abusado de su cargo. También delitos que lesionan intereses difusos.

<sup>6</sup> También en relación a ciertos delitos tiene competencia en materia de persecución penal la Procuraduría General de la República y la Contraloría G. de la R.

en otros que por ser en suficiente medida afectantes de derechos fundamentales estarían bajo estricta reserva de jurisdicción.

En principio cabría hacer un pronóstico favorable de esta atribución de la investigación preliminar al MP, teniendo en cuenta los principios de oficialidad, legalidad matizada por cierta oportunidad reglada, imparcialidad y objetividad que por disposición legal deben acompañar su actividad y que se vería además apoyada por la existencia de elementos estructurales favorecedores, al menos en el plano formal, de la independencia del fiscal, tales como la existencia de un fiscal integrante del Poder Judicial<sup>11</sup>.

Como contrapunto, sin embargo, es ya clásica la crítica que se hace a este tipo de sistemas en que se coloca la investigación inicial en manos de una de las partes y que pone de manifiesto la desigualdad real entre las partes, fiscal y defensa, ya que, aunque en el plano teórico ambas partes tienen las mismas posibilidades de búsqueda de pruebas, sin embargo en la realidad el fiscal dispone de la policía como auxiliar de la investigación y tal como expresa el conocido dicho: "solo la policía tiene palas con que cavar"<sup>12</sup>. En la mayoría de los casos el investigador, y por tanto su defensa, carecen de medios económicos y materiales para llevar a cabo la investigación, por lo menos en el mismo plano de igualdad que el fiscal. De otra parte también carecen de ciertos medios coercitivos previstos legalmente para el fiscal o la policía y, además, en principio, sólo es el fiscal quien puede realizar ciertas diligencias de investigación y, por ejemplo, instar un registro domiciliario (allanamiento) u otra diligencia de investigación semejante. Además de ser quien accede o no en la primera instancia a las peticiones en materia investigación efectuadas por la defensa.

Como correctivos cabe esperar el eficaz funcionamiento de la Defensa pública, institución bien arraigada en el sistema costarricense que responde a la lógica del sistema acusatorio puro y el general cumplimiento por parte del fiscal de la obligación de actuar con la objetividad que el impone el artículo 63 de la NCPP, al establecer la obligación de investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado e incluso efectuar los requerimientos e instancias conforme a ese criterio incluso en favor del imputado. Este deber de objetividad, por tanto, no viene contemplado como un valor abstracto que debe adornar la actuación del Ministerio Público sino que parece exigir actuaciones concretas incluso en favor del imputado.

Los aspectos que, quizá, resultan más inquietan-

tes para la efectividad del nuevo modelo vienen derivados por las necesidades de adaptación de los medios materiales y humanos a esta nueva situación, requiriéndose, por una parte el adecuado dimensionamiento de las plantillas de acuerdo a las nuevas funciones del fiscal investigador, desde luego mucho más amplias que las actuales, incluso con la creación de unidades especializadas dentro de la Fiscalía con capacidad para la persecución de delitos cada vez más dificultosos acordes a la complejización de la sociedades modernas; y por otro, y por las mismas razones, un profundo cambio "cultural" en los miembros del Ministerio Público, tanto en sus esquemas de actuación, como incluso en su mentalidad...

### *1.1. Indicación del procedimiento*

El nuevo CPP prevé como formas de inicio del procedimiento la denuncia verbal o escrita de cualquier persona que tenga noticia de un delito de acción pública, estableciéndose la obligación de denunciar para diversas clases de funcionarios y profesionales que tuvieran conocimiento de los hechos por razón de su cargo u oficio.

Cabe la iniciación de las investigaciones de oficio por parte del Ministerio Público y parte de la Policía Judicial quienes dentro de las seis horas siguientes a su primera intervención tienen la obligación de informar al fiscal. También mediante querrela bien sea de la víctima o de cualquier persona en los casos en los que es posible la acción popular.

Se prevé la posibilidad de desestimación de la denuncia, la querrela o las actuaciones policiales por parte del Tribunal a requerimiento del Ministerio Público, cuando el hecho denunciado no constituya delito o no sea posible proceder, sin que esta resolución cierre definitivamente la posibilidad de investigación ya que el procedimiento podrá reabrirse cuando nuevas circunstancias así lo exijan. Esta resolución que es apelable deberá ser comunicada a la víctima que así lo haya pedido.

En cuando a la intervención de otros sujetos del proceso en los actos de investigación que efectúe el fiscal, el nuevo Código no emplea una fórmula contundente, pues únicamente establece que el fiscal permitirá la presencia de las partes en los actos que practique, sin, parece, reconocer expresamente el derecho de las partes a intervenir, ni regulando los mecanismos para que esta participación se produzca. Sólo el nuevo texto reconoce el derecho a asistir a las partes distintas del Fiscal en los casos de anticipo jurisdiccional de prueba.

También se establece que las partes pueden proponer diligencias de investigación y que el fiscal deberá realizarlas si las considera pertinentes y útiles, debiendo motivar la negativa a su práctica, pudiendo las partes acudir al juez del procedimiento preparatorio que se pronunciara sin sustanciación sobre la procedencia de la prueba.

Cabe la posibilidad excepcional, por una sola vez, acordada mediante resolución fundada del Ministerio Público y siempre que el imputado no este priva-

<sup>11</sup> Ver nota 3. Sin embargo se debe constatar determinadas peculiaridades del sistema judicial costarricense tanto en lo que se refiere al acceso a los cargos de juez, fiscal y defensores Públicos todos ellos integrantes del Poder Judicial como a la circunstancia de que aproximadamente el 80% de las plazas no estén cubiertas por titulares desde hace años, lo que determina que quienes ejercen estas funciones no se vean protegidas en su independencia por los elementos estructurales básicos que integrarían lo que se ha venido a llamar el "Estatuto del Juez": objetividad en el sistema de ingreso, inamovilidad, etc....

<sup>12</sup> Spencer, John: *La Prueba*. En: *Procédures pénales d'Europe*. O. Dir. Mireille Delmas-Marty. PUF. París, 1995, pág. 539



do de libertad, por plazo no superior a diez días, del secreto total o parcial de las actuaciones. Este plazo es prorrogable, si bien en ese caso es susceptible de revisión por parte del juez. También, no obstante el vencimiento de los referidos plazos, es posible que el juez disponga la realización de un acto sin citación de las partes a petición del fiscal y cuando la eficacia de un acto dependa de la reserva parcial de las actuaciones.

En materia de publicidad se establece expresamente el carácter no público del procedimiento preparatorio en relación a terceros con la obligación de guardar secreto impuesta a todas las partes del proceso.

## I.II. Valoración inicial

Establece el artículo 297 que recibidas las primeras diligencias el fiscal las valorará a los efectos de la continuación de la investigación o para solicitar, bien sea: la desestimación de la denuncia, querrela o actuaciones policiales; el sobreseimiento; la incompetencia por razón de materia o territorio; la aplicación de un criterio de oportunidad; la suspensión del proceso a prueba; la aplicación del procedimiento abreviado; la conciliación o cualquier otra medida tendente a finalizar el proceso. Asimismo, si no se ha conseguido individualizar al imputado el Fiscal podrá, por sí mismo, fundadamente, archivar las actuaciones.

### I.II.1. Principio de oportunidad

No obstante la afirmada vigencia del principio de legalidad, sin embargo el nuevo CPP da abierta y franca entrada a formas de oportunidad regladas<sup>13</sup>, tanto en lo que se refiere a los supuestos en los que es posible, como en cuanto al momento<sup>14</sup> y procedimiento aplicable y a los efectos que ésta produce<sup>15</sup>. Se regulan igualmente otras posibilidades o figuras relacionadas, tales como: la suspensión del procedimiento a prueba — arts. 25 y

<sup>13</sup> El artículo 22 de CPP bajo la rubrica de "Principios de legalidad y oportunidad" establece que el Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

Sin embargo este mismo artículo también establece que el mismo Ministerio Público con autorización de su superior jerárquico puede solicitar que se prescinda total o parcialmente de la persecución penal en los supuestos previstos en el mismo artículo: a) insignificancia del hecho o mínima culpabilidad del autor o partícipe o exigua participación de este, salvo que afecte al interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio de su cargo; b) arrepentimiento activo en criminalidad organizada o violenta o de delitos graves o tramitación compleja; c) daño físico o moral grave sufrido por el imputado que torne desproporcionada la aplicación de la pena; d) insignificancia de la pena en relación a las ya impuestas o previsiblemente imponibles incluso en el extranjero en cuyo caso podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.

<sup>14</sup> Los criterios de oportunidad podrán solicitarse hasta antes de que se formule la acusación del MP.

<sup>15</sup> El artículo 23 del CPP establece bien sea la extinción de la acción penal o la suspensión de su ejercicio en los supuestos de colaboración que esta condicionada al resultado de ésta: "si la colaboración del sujeto o la sentencia no satisfacen las expectativas" ... "el MP deberá solicitar del Tribunal que ordene reanudar el procedimiento"...

ss.— ; conciliación —art. 36— y extinción de la acción penal en ciertos casos específicamente previstos en el artículo 30 —reparación del daño, etc.—

Parece, por tanto, que el legislador ha pretendido hacer una auténtica simbiosis entre el principio de legalidad y de oportunidad, con una presencia real y no meramente testimonial de manifestaciones concretas de los que se ha venido a llamar justicia negociada o pactada (—ADR— Alternative Dispute Resolution).

No resulta éste el lugar adecuado para desarrollar la amplia polémica doctrinal que se ha producido en relación a este complicado y debatido tema<sup>16</sup>. Frente a las opiniones que sostienen que se trata de instrumentos procesales o incluso alternativas al proceso que resultan interesantes, en cuanto que pretenden la simplificación del proceso penal y la superación de la concepción clásica del proceso penal como cauce del "ius puniendi" estatal y apuestan por otras formas de pacificación social con entrada activa tanto del imputado como de la víctima en el proceso, están aquellas otras que, además de poner de relieve que son alternativas de aplicación delicada y difícil, suponen una auténtica mercantilización del proceso penal que parte de una ficción como es la igualdad de las partes, que en realidad es puramente ilusoria y, en fin, resulta incompatible con los fines del proceso, desquiciando todo el sistema de garantías.

En cualquier caso, como pone de manifiesto Ferrajoli, la justicia negociada no es el resultado lógico del modelo teórico acusatorio, que consiste en la separación entre juez y acusación y en la igualdad entre acusación y defensa, en la oralidad y en la publicidad del juicio, si no de una manifestación concreta del proceso penal estadounidense, produciéndose una confusión injustificable en el plano teórico, pero que responde a razones históricas.

A parte de los clásicos argumentos que se han dado a favor y en contra de las ADR, parece necesario recordar que la evolución de la sociedad moderna ha producido importantes cambios en la estructura social del proceso, y que frente a la concepción clásica que pone el acento en la confrontación de dos partes o dos intereses, se aprecia con frecuencia que en la actualidad, el proceso, mas que bipolar, es policéntrico, y que en él están en juego una muy amplia red de intereses de contornos difíciles de identificar con precisión o donde el número o personas afectadas puede ser muy considerable<sup>17</sup>, por lo que el esquema clásico en gran medida ya no resulta válido.

<sup>16</sup> Al respecto ver: Schünemann, Bernd: *¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*. En: Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania". Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Madrid.1991, págs. 49 y ss.

Tulkens, François: *La Justice négociée*. En: *Procédures pénales d'Europe*. O. Dir. Mireille Delmas-Marty. PUF. París,1995, págs 551 y ss.

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed Trotta. Madrid 1995, págs. 567 y ss y 746 y ss.

<sup>17</sup> Guarnieri, Carlo; Pederzoli, Patrizia. *La puissance de juger*. Ed. Michalon Paris 1996. pág. 19.

### I.III. Conclusión del procedimiento preparatorio

Cuando el fiscal o querellante estimen que los elementos de prueba son insuficientes para fundar la acusación podrán requerir la desestimación, el sobreseimiento provisional o definitivo. También podrán solicitar la suspensión del proceso a prueba; la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado o que se promueva la conciliación, remitiendo al juez junto con el requerimiento las actuaciones y elementos probatorios. El artículo 300 del CPP prevé expresamente que en caso de aplicación de criterios de oportunidad o sobreseimiento el fiscal deberá ponerlo en conocimiento de la víctima para darle la oportunidad de constituirse en querellante.

El Tribunal del procedimiento intermedio resolverá sobre el requerimiento interesado. En el caso de que se produzca disconformidad y considere procedente la apertura a juicio remitirá nuevamente las actuaciones al fiscal para que modifique su postura remitiéndoselas en caso contrario al fiscal general o fiscal superior, resolviendo en el sentido solicitado si se mantiene en su posición.

Cuando el fiscal considere que la investigación proporciona elementos suficientes para ir a juicio presentará la acusación requiriendo la apertura del juicio. De la acusación se dará traslado a la víctima a los efectos de darle una vez más la oportunidad de que se constituya en querellante.

## II. Procedimiento intermedio. Resoluciones conclusivas. Audiencia preliminar

Esta fase tiene como finalidad fundamental tanto el control de la acusación como de la prueba incluso la legalidad de ésta. Así el NCPP establece que una vez formulada la acusación o la querrela el Tribunal, tras poner de manifiesto a las partes las actuaciones y evidencias reunidas durante la investigación, convocará a una audiencia preliminar en la que las partes podrán: plantear defectos formales o sustanciales; oponer excepciones; solicitar sobreseimiento provisional o definitivo; la suspensión de procedimiento a prueba; la imposición o revocación de una medida cautelar; el anticipo de prueba; la aplicación del procedimiento abreviado<sup>18</sup>, de un criterio de oportunidad o la conciliación; podrán igualmente ofrecer la prueba para el juicio oral o hacer cualquier planteamiento que permita una mejor preparación del juicio. El Tribunal resolverá seguidamente sobre lo procedente en relación a las cuestiones suscitadas, dictará auto para la apertura a juicio, acordando en ese caso sobre la admisión de la prueba ofrecida para el juicio, con la particularidad de que puede ordenar de oficio la que considere esencial. En el auto de apertura a juicio el Tribunal indicará la parte de la acusación o de la querrela que resulte admitida o en su caso sobre cual de

<sup>18</sup> El procedimiento abreviado parte de la admisión del hecho por el imputado y permite al Tribunal directamente dictar sentencia salvo que estime pertinente oír a las partes y a la víctima. El Tribunal se ve sujeto a la pena solicitada que puede ser hasta un tercio menor de la mínima prevista legalmente para el delito.

éstas (acusación del fiscal o querrela) dicta el auto de apertura.

Antes de remitir las actuaciones al Tribunal de Sentencia el imputado podrá solicitar al de la fase intermedia la realización del debate en dos fases (cesura), para que en la primera se discuta sobre la existencia de culpabilidad y en la segunda sobre, en su caso, la individualización de la pena y las consecuencias civiles.

## III. Fase de juicio oral

El artículo 326 del CPP establece que el juicio como fase esencial del proceso se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua.

Aunque se prevé expresamente que el juicio se desarrollará en presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes y que el imputado no podrá abandonar la Sala sin permiso del Tribunal, sin embargo, se le permite no asistir al mismo después de declarar, en cuyo caso será conducido a una Sala próxima y podrá ser representado por su defensor.

Se regulan igualmente excepciones a la publicidad del juicio en los casos en que: se afecte directamente al pudor, la vida privada o la integridad de algunos de los intervinientes; afecte gravemente a la seguridad del Estado o a los intereses de la justicia; peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial; se reciba declaración a una persona y el Tribunal considere inconveniente la publicidad.

Por el contrario también se prevé una amplia participación de los medios de comunicación social permitiendo que las empresas de radiodifusión y televisión puedan instalar en las Salas aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros, si bien el Tribunal determinará las condiciones en que se ejercerán estas facultades, debiéndose respetar la voluntad del imputado, víctima o cualquier otra persona que no deseen que se grabe su voz o su imagen.

De la misma manera se establecen excepciones a la oralidad — art. 334— en aquellos casos previstos donde, bien se trate de pruebas que se hayan realizado según las reglas de anticipo jurisdiccional de prueba, pruebas documentales, periciales, declaraciones de coimputados rebeldes o absueltos, sean incorporadas al juicio por lectura.

El NCPP regula expresamente la forma de practicarse durante el acto del juicio los diversos medios de prueba, si bien rige el principio de libertad probatoria. Cabe la posibilidad de que el Tribunal pueda, como prueba para mejor proveer, excepcionalmente, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba en el caso de que surgan nuevos hechos o circunstancias nuevas.

En relación a la valoración de la prueba el nuevo CPP determina que el Tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica, debiendo justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial.

### III.1. *Quiebra del principio acusatorio en la fase decisional*

Como ya se ha tenido ocasión de indicar con anterioridad, la vigencia del principio acusatorio no es homogénea en todo el proceso penal ya que se producen importantes déficit de vigencia de este principio en la fase de enjuiciamiento al darse amplias potestades al juez de Sentencia de intervenir de forma relevante para el resultado del proceso al margen de la acusación o sin ajustarse a lo pedido por ésta. Así, se establece la posibilidad de reapertura del debate — art. 362— si el tribunal estima durante la deliberación absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas. En este mismo sentido, también viene recogida la posibilidad de que la sentencia no se ajuste a los hechos de la acusación en el caso de que favorezca al imputado ni a la calificación jurídica de las acusaciones e incluso con posibilidad de aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas. Sin duda, como hemos indicado, es éste uno de los aspectos más criticables del nuevo proceso penal, en cuanto que estas posibilidades de intervención que se otorgan al juez suponen una peligrosa confusión de papeles entre los de acusar y juzgar y pueden causar graves indefensiones a las partes que se pueden ver condenadas sorpresivamente por delitos por los que no habían sido acusadas, sin que, como ya se ha tenido ocasión de manifestar anteriormente, la hipotética búsqueda de la verdad material pueda justificar, ni si quiera en el plano teórico, que el juez asuma otras funciones distintas de la de juzgar y más dentro del contexto de un proceso que se preocupa en otras fases procesales de diferenciar las funciones de instrucción y de enjuiciamiento y que permite una amplia y variada utilización de la oportunidad.

### IV. Garantías procesales<sup>19</sup>

El nuevo Código procesal penal contempla un amplio corolario de garantías procesales a lo largo de todo su texto, siendo especialmente de destacar el catálogo de ellas contenidas en el Título I bajo la rúbrica: "Principios y Garantías procesales", respondiendo a una moderna técnica de explicitación de estos principios en una "Parte General" informadora del resto del ordenamiento. Estos principios tienen en algunos casos concretos desarrollos en la regulación de determinados aspectos, vb: derechos de los imputados —art. 82—, o de forma muy interesante en el control sobre la duración del proceso — art. 171 y ss—, etc. Sin embargo, sin pretender ser exhaustivos si se aprecian situaciones dudosas tal como la indicada posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda, por sí mismo, ordenar la investigación corporal del imputado —art. 88—. Las garantías previstas son en ocasiones difusas y la regulación

<sup>19</sup> La Sala Constitucional y especialmente a partir del Voto 1739-92 ha elaborado una depurada doctrina sobre las garantías inherentes al debido proceso con base en los artículos 39 y 41 de la CP y otros y la Convención Americana de Derechos Humanos.

contradictoria con otros principios, ya que lo que justifica la intervención en la mayoría de los casos es su vocación de ser fuente de prueba.

### V. Actividad procesal defectuosa

Es en el capítulo relativo a la actividad procesal defectuosa en el que se regula la prueba irregularmente obtenida, dando la impresión de que el legislador quiere eludir expresamente esta denominación. El principio general es el del saneamiento y la invalidez de los actos sólo cuando éste no pueda ser posible, sin perjuicio de la imposibilidad de valoración para fundar una decisión, ni de ser utilizados como presupuestos de ella, los actos realizados con inobservancia de formas y condiciones previstas en la Constitución, etc., cuando no se haya producido el saneamiento. Sin embargo, se echa en falta la regulación determinados aspectos de esta temática y sobre todo el llamado efecto indirecto o contaminante de las pruebas ilegalmente obtenidas cuya vigencia, no obstante, podría deducirse del párrafo segundo del artículo 181 que prohíbe la utilización incluso de la información obtenida mediante tortura, etc.

### VI. Régimen de recursos

Lo más destacable en esta materia es lo limitado del recurso de casación contra sentencias y sobreseimientos dictados por el Tribunal del juicio, en cuanto que sólo cabe interponerse por inobservancia o aplicación errónea de un precepto legal.

### VII. Ejecución

Por último, cabe indicar que la ejecución de las sentencias, salvo disposición en contrario, corresponde al Tribunal que las dictó. Pueden plantear incidentes en la ejecución el fiscal, el querellante, el condenado y su defensa. Se prevé la existencia de un fiscal de ejecución de la pena que intervendrá en los procedimientos de ejecución velando por el respeto de los derechos fundamentales. También se preven los jueces de ejecución de penas que controlaran el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de los fines constitucionales y legales de las penas y medidas de seguridad, con una serie de funciones específicas señaladas legalmente —art. 458 NCPP—.

### BIBLIOGRAFIA BASICA

Armijo Sancho, Gilberth: *Garantías constitucionales. Prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal*; Colegio de Abogados de Costa Rica; San José 1997.

VV.AA.: *Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal*; Corte Suprema de Justicia-Asociación de ciencias penales de Costa Rica; San José 1996.