



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,
FINANCIERO Y PROCESAL

TESIS DOCTORAL

LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL RECURSO
EN UN PROCESO PENAL CON TODAS LAS GARANTÍAS

AUTOR:
ENRIQUE LETELIER LOYOLA

DIRECTORES:
LORENZO-MATEO BUJOSA VADELL
MARÍA DEL PILAR MARTÍN RÍOS

SALAMANCA, 2012

También en la duda *se está*.
José Ortega y Gasset

INTRODUCCIÓN

EL PROCESO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Es indudable que el Derecho penal y el Derecho procesal penal son disciplinas jurídicas independientes. Esto es fácil de entender si se repara en el “trozo de realidad” –dice BELING- regulada por una y otra rama: el Derecho penal determina sólo la pena y los requisitos que en cada caso corresponden a un hecho típico y antijurídico, mientras que el Derecho procesal penal “determina las actividades humanas que han de realizarse para lograr la inflicción de la pena en su caso.”¹. Pero también es indiscutible que el proceso regulado por esta rama del Derecho, es decir el proceso penal, está íntimamente vinculado al Derecho penal, aunque este ligamen no es meramente instrumental, sino supone una relación compleja en que el proceso penal cumple las funciones de instrumento de aplicación, de límite y de protección del Derecho penal². En efecto, en virtud de los principios *nulla poena sine lege* y *nulla poena sine iudicio*, se pretende que la sanción contenida en la norma penal sólo se haga efectiva tras el desarrollo de un proceso

¹ BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Traducido por Miguel Fenech. Barcelona: Labor S.A., 1943, p. 4

² Sobre la unidad político-criminal entre el proceso penal y el Derecho penal y las repercusiones recíprocas entre el Derecho procesal penal y el Derecho penal, véase la informada obra de MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Vol. I. 2^a. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 145-160. Véase también del mismo autor su “Política criminal, Derecho penal y Derecho Procesal Penal”. En *El Proceso Penal Contemporáneo. Antología*. 1^a. Lima: Palestra, p. 161-168.

La autonomía del derecho procesal está subestimada, reclama Klaus Volk, fenómeno que se manifiesta en Alemania porque la doctrina ha dedicado más esfuerzos a los problemas del Derecho sustancial (penal) que al procesal. No obstante reconocer tal autonomía, ella misma conlleva un peligro: las vinculaciones transversales y dependencias funcionales entre ambas ramas hacen que el desarrollo del Derecho penal substancial repercuta sobre el proceso penal y que estas mismas repercusiones se reflejen en el Derecho penal. Se pregunta entonces Volk: “Se il diritto sostanziale deve essere realizzato nel processo e se in questo senso il processo deve adempiere alla sua funzione di servizio, allora anche lo stesso programma di diritto sostanziale deve essere concepito in modo tale da poter essere realizzato in sede processuale.”. Cf. VOLK, Klaus. *Introduzione al Diritto Penale Tedesco*. Parte Generale (Traducido por Daniela Pettinari-Gehrmann y Simonetta Grassi). Padova: Cedam, 1993, p. 14.

penal, que culmine con una sentencia que así lo ordene; por lo mismo, se repudia la aplicación administrativa del Derecho penal. Lo afirmaba con nitidez CARNELUTTI: “Que la pena se resuelva en el juicio y el juicio en la pena pone a la luz el valor y el peligro del juicio para la lucha jurídica contra el delito.”³

Siguiendo estas ideas, el proceso penal, más que una herramienta para aplicar sanciones, actúa como límite a una aplicación sin frenos del poder sancionatorio estatal, haciendo las veces de un “escudo protector frente a la fuerza arbitraria y frente a toda posible degradación tiránica del poder.”⁴ Ése es el sentido de las garantías procesales que amparan a los justiciables y que a la vez sirven para dotar de efectividad a determinados derechos.

Más aun, el proceso penal es una herramienta para la conservación, vigencia y validez del Derecho penal, puesto que es precisamente en este instrumento que cobra dimensiones físicas, espaciales y temporales, donde el Derecho penal se concreta. El proceso penal “está llamado a descubrir y llevar a efecto en cada caso las consecuencias jurídicas establecidas en términos generales y abstractos en el Derecho penal, definiendo jurídicamente, no por sí, sino en virtud de aquél, las situaciones de la vida humana que se ventilan en él. (...) Visto que el proceso penal está subordinado al pensamiento de tutela del Derecho penal, se aproximará tanto más a su ideal cuanto más definidamente se adapte al fin de tutela del Derecho penal...”⁵. En otras palabras, es en el proceso penal donde a través de la subsunción de determinados hechos, el juez declara que una norma general y abstracta, se convierte en otra particular cuyo contenido refleja una voluntad normativa vigente y válida.

³ CARNELUTTI, Francesco. “Fundamentos de la Reforma Penal”. En *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 346.

⁴ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 71

⁵ E. BELING, *Derecho...*, p. 19 – 20.

Pero los vínculos del proceso penal no se agotan con el Derecho penal o sustantivo. Desde hace tiempo necesariamente se han agregado a este contexto de relaciones el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Público.

Diversas constituciones contienen principios rectores del Derecho penal y procesal penal: los principios no hay pena sin ley, el de legalidad penal, el de única persecución penal, la presunción de no culpabilidad, el principio acusatorio, los principios de independencia e imparcialidad del juzgador, el principio *ne bis in idem*, el principio *indubio pro reo*, el derecho a la tutela judicial efectiva y los principios del debido proceso, entre tantos otros⁶. Por ello no dudamos de la actualidad de clásicas afirmaciones como las que ven en la estructura del proceso penal “el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”⁷ o bien “como sismógrafo de la Constitución estatal.”⁸ Alguna doctrina, siguiendo estos cauces, ha llegado a afirmar que se puede caracterizar al proceso penal como *Derecho constitucional reformulado o reglamentado*⁹.

Y estos derechos, que a su vez son reflejo normativo de determinados principios, han excedido las fronteras nacionales para ser reconocidos y positivados en instrumentos internacionales de vigencia

⁶ Para Volk, “se si esamina il problema più attentamente, le questioni sono due. In primo luogo, quale direttive di politica criminale siano fissate in Costituzione. In secondo luogo, in che modo l'applicazione della legge vigente sia influenzata della Costituzione.” Admite el mismo autor que la Constitución alemana reconoce muchas normas bastante concretas en materia de derecho procesal, incluyendo el principio del Estado de derecho. Pero en no existen en la misma Carta normas relativa al derecho penal material, salvo la referida al principio de legalidad. Cf. K. VOLK, *Introduzione...*, p. 18-19.

⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal* (Traducido por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor). Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 10.

⁹ J. MAIER, *El Proceso...*, p. 164.

Lo que aparece claro, según el autor, “si se observa que la actividad estatal en este ámbito es regulada, forma (sic) de traducir a la realidad cotidiana de la persecución penal la protección necesaria de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Estado para quien es perseguido penalmente.” (Ibidem)

mundial o regional, dando paso a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se ocupa, entre tantas cosas, de los derechos y garantías en el proceso penal¹⁰. Y naturalmente han sido necesarias las herramientas del Derecho Internacional Público en la adopción, interpretación y cumplimiento de los pactos internacionales sobre derechos fundamentales, a la vez que en la creación de Tribunales internacionales competentes para el conocimiento de determinados delitos y de Tribunales supranacionales, con la principal competencia de hacer cumplir las obligaciones que los Estados han contraído al suscribir y ratificar los aludidos pactos. Y cada día cobra mayor relevancia la cooperación judicial internacional, que incide en algunas actuaciones del proceso penal.

En resumidas cuentas, atrás debe quedar la idea de un proceso penal como instrumento del Derecho penal que se agota en la mera aplicación de las penas, sino que debemos concebirlo como un instrumento respetuoso de los derechos fundamentales y sus garantías contenidos en textos constitucionales e internacionales, así diseñado para la aplicación particular del Derecho penal, para limitar su ejercicio y para servir de garantía de su vigencia y validez. En nuestros días algún autor se encarga de recordar la vieja afirmación que el proceso penal es “derecho constitucional aplicado”; explicando que su función y la justificación misma de su existencia consiste en garantizar los derechos individuales que en la Constitución encuentran reconocimiento. Pues si se tratase sólo de asegurar la aplicación de la ley penal sustantiva, no habría necesidad de poner en movimiento toda una actividad compleja y costosa, amén de cumplir una serie de formas que seguramente tienden a retardar el pronto castigo del delito. Y es que al proceso penal le asiste el delicado cometido de legitimar el uso de la violencia represiva del Estado, al menos desde que éste la

¹⁰ Su contenido abarca no sólo los tratados, convenciones y declaraciones sobre derechos fundamentales, sino también la costumbre, la jurisprudencia y a doctrina internacional en la materia (J. MAIER, *Derecho...*, p. 183)

monopoliza¹¹. Así las cosas, Derecho penal y proceso penal cumplen la función de preservar el Estado de derecho¹².

Dicho esto, nos importa recalcar la noción de proceso penal como un todo complejo y compuesto de diferentes etapas, las que siguen un cauce preordenado hacia un fin: la ejecución del contenido manifestado en un acto de voluntad jurisdiccional. A nuestro entender el proceso penal, con independencia cada particular diseño normativo de los procedimientos, encuentra sus albores en los primeros actos de investigación que reflejen la actividad persecutoria del Estado en contra de uno o más individuos, hasta la completa ejecución de la sentencia que se dicte en el mismo. Y entendida así la unidad, no hay razón para desconocer que todos estos derechos y garantías han de ser respetadas en cada una de las etapas o fases que conforman el proceso penal y en favor de todos y cada uno de los que en él intervengan y para todos los actos que ejecuten¹³.

La etapa de impugnación con sus vías y procedimientos, corrientemente reconocida en los ordenamientos jurídicos, no escapa de aquellas exigencias. De ahí que intentaremos explicar por qué y en qué

¹¹ Vide ILLUMINATI, Giulio. “Costituzione e processo penale”. En *Giurisprudenza Italiana* – Fascicolo Febbraio 2008, p. 522.

En el mismo texto, el profesor de Bologna recuerda que dos siglos atrás Carrara enseñaba “che il diritto processuale penale «è la salvaguardia dei galantuomini», sottolineandone così il compito di scongiurare, mediante il rispetto delle regole prestabilite, il rischio che una persona possa essere condannata ingiustamente: il codice di procedura è cioè, secondo l’insigne giurista, la legge che tutela gli innocenti, allo stesso modo in cui il codice penale tutela a sua volta i colpevoli perché definisce tassativamente le condotte punibili e non consente che si possa essere chiamati a rispondere per un fatto non previsto dalla legge come reato.” (Cf. *Ibidem*).

¹² Según Eugenio Zaffaroni, quien explica, que entre ambos, entonces, existe una independencia académica expositiva y una clara dependencia teórica e ideológica. Vide ZAFFARONI, Eugenio. “Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad”. En *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*. México: Porrúa, 2000, p. 8.

¹³ Muy ilustrativas nos parecen las palabras del profesor de la Universidad de Molise, Agostino De Caro, referidas al poder de los justiciables para censurar la decisión jurisdiccional, como integrante de la garantía del debido proceso: “La stessa logica della decisione e dei presidi di garanzia che assistono il giusto processo è in qualche modo evocativa del controllo dal momento che racchiude in una linea continua contraddittorio, convincimento del giudice (legale e razionale) e controllo di merito della decisione.” (Cf. DE CARO, Agostino. “Filosofia della Riforma e Doppio Grado di Giurisdizione di Merito”. En GAITO, Alfredo [Dir.]. *La Nuova Disciplina delle Impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*. Milano: UTET, 2006, p. 13).

sentido deba entenderse, en el proceso penal, al recurso como un derecho fundamental.

En estos cauces, en la sección primera nos detendremos en el análisis del recurso como derecho fundamental, refiriéndonos a algunas cuestiones como el fundamento de los derechos fundamentales y su contenido esencial. De ahí emprenderemos la explicación sobre cuál es el fundamento del derecho fundamental al recurso y cuál es su esencia irreductible. En la sección segunda, asumiremos la tarea de explicar el recurso como medio de impugnación, confrontando su diseño normativo con algunos sistemas que se declaran acusatorios, con la finalidad de verificar si los sistemas procesales son en sí mismos racionales y coherentes. En la tercera sección, nos abocaremos al análisis de los estándares que debe cumplir el derecho al recurso en el proceso penal de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, concluyendo esta parte con un somero análisis del sistema de impugnaciones en el proceso penal italiano y la experiencia de una modificación legislativa relacionada con el discutible tema la legitimación activa para impugnar una sentencia absolutoria en juicio penal.

INTRODUZIONE

IL PROCESSO PENALE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

È indubitabile che il Diritto Penale ed il Diritto Processuale Penale siano discipline giuridiche indipendenti. Ciò è facile da capire se si osserva lo “scorcio di realtà” – secondo BELING – dall’uno e dall’altro ramo: il Diritto Penale determina solo la pena ed i requisiti che in ogni caso corrispondono ad un fatto tipico e antigiuridico, mentre il Diritto Processuale Penale “determina le attività umane che devono realizzarsi per poter ottenere l’inflizione della pena nel caso specifico”¹⁴. Ma è anche discutibile che il processo regolato da questo ramo del Diritto, cioè il processo penale, sia strettamente vincolato al Diritto Penale, benchè questo legame non sia solamente strumentale ma supponga una relazione complessa nella quale il processo penale compie le funzioni di strumento di applicazione, di limite e di protezione del Diritto Penale¹⁵. In effetti, in virtù dei principi *nulla poena sine lege* e *nulla poena sine iudicio*, si pretende che la sanzione contenuta nella norma penale si faccia effettiva solo dopo lo sviluppo di un processo penale, che termini con una sentenza che lo imponga: per esempio si ripudia l’applicazione amministrativa del Diritto Penale. Lo affermava chiaramente CARNELUTTI: “che la pena si risolva nel giudizio ed il

¹⁴ E. BELING. *Vide infra* n. 1

¹⁵ J. MAIER y K. VOLK. *Vide infra* n. 2.

giudizio nella pena risalta il valore ed il pericolo del giudizio per la lotta giuridica contro il delitto”¹⁶.

Seguendo queste idee, il processo penale, più che uno strumento per applicare sanzioni, agisce come limite ad un’applicazione senza freni del potere sanzionatorio statale, facendo le veci di uno “scudo protettore contro la forza arbitraria e contro ogni possibile degradazione tirannica del potere”¹⁷. Questo è il senso delle garanzie processuali che proteggono i giustiziabili e a loro volta servono per dotare di effettività i determinati diritti.

Ancora di più, il processo penale è uno strumento per la conservazione, vigenza e validità del Diritto Penale, dato che è precisamente in questo strumento che acquisisce dimensioni fisiche, spaziali e temporali, dove il Diritto Penale si concreta. Il processo penale “è chiamato a scoprire e porre in atto in ogni caso le conseguenze giuridiche stabilite nei termini generali e astratti del Diritto Penale, definendo giuridicamente, non per sè, ma in virtù di esso, le situazioni della vita umana che si sviluppino nello stesso. (...) Visto che il processo penale è subordinato al pensiero di tutela del Diritto Penale, si approssimerà tanto più al suo ideale quanto più chiaramente si adatti al fine di tutela del Diritto Penale...”¹⁸. In altre parole, è nel processo penale dove mediante la considerazione di determinati fatti, il giudice dichiara che una norma generale e astratta, si trasforma in un’altra particolare il cui contenuto riflette una volontà normativa vigente e valida.

Ma i vincoli del processo penale non si esauriscono con il Diritto Penale o sostantivo. Già da tempo a questo contesto di relazioni si sono necessariamente aggiunti il Diritto Costituzionale, il Diritto Internazionale dei Diritti Umani ed il Diritto Internazionale Pubblico.

¹⁶ F. CARNELUTTI. *Vide infra* n. 3.

¹⁷ A. BINDER. *Vide infra* n. 4.

¹⁸ E. BELING. *Vide infra* n. 5.

Diverse costituzioni contengono principi reggenti del Diritto Penale e Processuale Penale: il principio non c'è pena senza legge, quello di legalità penale, di unica persecuzione penale, la presunzione di non colpevolezza, il principio accusatorio, i principi di indipendenza e imparzialità del giudice, il principio *ne bis in idem*, il principio *indubio pro reo*, il diritto alla tutela giudiziaria effettiva, ed i principi del dovuto processo, tra molti altri¹⁹. Perciò non dubitiamo dell'attualità di classiche affermazioni come quelle che vedono nella struttura del processo penale "il termometro degli elementi corporativi o autoritari della propria Costituzione"²⁰ o anche "come sismografo della Costituzione statale."²¹ Alcune dottrine, seguendo quest'impronta, sono arrivate ad affermare che si può caratterizzare il processo penale come *Diritto costituzionale riformulato o regolamentato*²².

E questi diritti, che a loro volta sono il riflesso normativo di determinati principi, hanno valicato le frontiere nazionali per essere riconosciuti da strumenti internazionali di vigenza mondiale o regionale, cedendo il passo a un Diritto Internazionale dei Diritti Umani che si occupa, tra le altre cose, dei diritti e delle garanzie nel processo penale²³. E naturalmente sono stati necessari gli strumenti del Diritto Internazionale Pubblico nell'adozione, interpretazione e compimento dei patti internazionali sui diritti fondamentali, allo stesso tempo nella creazione di Tribunali Internazionali competenti per la conoscenza di determinati delitti e di Tribunali sopranazionali, con la principale competenza di far compire gli obblighi contratti dagli Stati al momento di sottoscrivere e ratificare i patti stabiliti. E giorno dopo giorno acquista maggiore rilevanza la cooperazione giudiziaria internazionale, che incide in alcuni aspetti del processo penale.

¹⁹ K. VOLK. *Vide infra* n. 6.

²⁰ J. GOLDSCHMIDT. *Vide infra* n. 7.

²¹ C. ROXIN. *Vide infra* n. 8.

²² J. MAIER. *Vide infra* n. 9.

²³ J. MAIER. *Vide infra* n. 10.

Riassumendo, si debbono prendere le distanze dall'idea di un processo penale come strumento del Diritto penale che si esaurisce con la semplice applicazione della pena, ma si deve concepirlo come uno strumento rispettoso dei diritti fondamentali e delle loro garanzie contenuti nei testi costituzionali e internazionali, così disegnato per l'applicazione speciale del Diritto penale, per limitare il suo esercizio e per servire da garanzia della sua vigenza e validità. Ai nostri giorni alcuni autori si rifanno alla vecchia affermazione secondo la quale il processo penale è "diritto costituzionale applicato", adducendo che la sua funzione e la giustificazione stessa della sua esistenza consistono in garantire i diritti individuali riconosciuti dalla Costituzione. Ma se si trattasse solo di assicurare l'applicazione della legge penale sostantiva non ci sarebbe bisogno di mettere in movimento tutta un'attività complessa e costosa, oltre a mettere in atto una serie di forme che sicuramente tendono a ritardare l'immediato castigo del delitto. E si aggiunga che al processo penale spetta il delicato compito di legittimare l'uso della violenza repressiva dello Stato, perché questi la monopolizzi²⁴. Tanto il Diritto penale, quanto il processo penale, hanno la funzione di preservare lo Stato di diritto²⁵.

Detto ciò, è importante ricalcare la nozione di processo penale come un insieme complesso e composto da differenti tappe, le quali seguono un percorso definito verso un obiettivo: l'esecuzione del contenuto manifestato in un atto di volontà giurisdizionale. A nostro intendere il processo penale, indipendentemente da ogni speciale disegno normativo dei procedimenti, trova le sue radici nei primi atti d'investigazione che riflettono l'attività persecutoria dello Stato contro uno o più individui, fino alla completa esecuzione della sentenza che si emani nello stesso. E così intesa l'unità, non c'è ragione per non riconoscere che tutti questi diritti e garanzie devono essere rispettati in

²⁴ G. ILLUMINATI. *Vide infra* n. 11

²⁵ E. ZAFFARONI. *Vide infra* n. 12.

ognuna delle tappe o fasi che formano il processo penale ed in favore di tutti coloro che in esso intervengano e per tutti gli atti che esercitino²⁶.

La fase dell'impugnazione con le sue vie e i suoi procedimenti, correntemente riconosciuta dagli ordinamenti giuridici, non si astraie da quelle esigenze. Perciò cercheremo di spiegare perchè e in che senso si debba intendere, nel processo penale, il ricorso come un diritto fondamentale.

In questo frangente, nella prima sezione ci soffermeremo sull'analisi del ricorso come diritto fondamentale, riferendoci ad alcune questioni tipo il fondamento di esso ed il suo contenuto essenziale. Cercheremo poi di spiegare qual è il fondamento del diritto fondamentale al ricorso e qual è la sua essenza non riduttibile. Nella seconda sezione, cercheremo di spiegare il ricorso come mezzo d'impugnazione, confrontando il suo disegno normativo con alcuni sistemi che si dichiarano accusatori, con il fine di verificare se i sistemi processuali sono per di per sè razionali e coerenti. Nella terza sezione, ci dedicheremo all'analisi degli standard che deve osservare il diritto al ricorso nel processo penale in accordo con gli strumenti internazionali sui diritti umani, e concluderemo questa parte con un'analisi sommaria del sistema d'impugnazione nel processo penale italiano e l'esperienza di una modificazione legislativa in relazione con il discutibile tema della legittimazione ad impugnare una sentenza assolutoria in giudizio penale.

²⁶ A. DE CARO. *Vide infra* n. 13.